

Rodrigo Vieira Costa

**O REGISTRO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL
COMO MECANISMO DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS
INTELECTUAIS COLETIVOS DE POVOS E COMUNIDADES
TRADICIONAIS: OS EFEITOS DO INSTRUMENTO SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS CULTURAIS**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Wachowicz

Florianópolis
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Costa, Rodrigo Vieira

O Registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais : os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais / Rodrigo Vieira Costa ; orientador, Marcos Wachowicz, 2017.
523 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Registro. 3. Patrimônio Cultural Imaterial. 4. Direitos Culturais. 5. Direitos Intelectuais Coletivos. I. Wachowicz, Marcos. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Rodrigo Vieira Costa

**O REGISTRO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL
COMO MECANISMO DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS
INTELECTUAIS COLETIVOS DE POVOS E COMUNIDADES
TRADICIONAIS: OS EFEITOS DO INSTRUMENTO SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS CULTURAIS**

Esta Tese foi julgada adequada para obtenção do Título de “Doutor”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis, 02 de junho de 2017.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr
Coordenador do Curso

Banca examinadora:

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
Orientador
Universidade Federal do Paraná

Profª. Dra. Carolina Medeiros Bahia
Universidade Federal de Santa Catarina

Profª. Dra. Heloísa Gomes Medeiros

Prof. Dr. Francisco Humberto Cunha Filho
Universidade de Fortaleza

Prof. Dr. David Barbosa Oliveira
Universidade Federal do Ceará

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas
Universidade Federal de Goiás

Aos segmentos culturais do país que resistem
e resistiram ao Golpe em nome da luta pelos
direitos culturais da Constituição Federal de
1988.

In memoriam

Ao prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos.

AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese não é uma tarefa tão solitária tanto quanto dizem. Este espaço é, antes de tudo, o registro do círculo coletivo de afetos, mãos estendidas, compartilhamentos de mudanças, enfrentamento de dificuldades, alegrias, sorrisos, tristezas, uma amálgama de sentimentos e experiências que se somam ao conhecimento adquirido, formulado e difundido, durante esses quatro últimos anos. Apesar disso, o fruto final desse trabalho intelectual também, por outro lado, é um tempo emprestado e roubado de quem lhe é mais próximo, da namorada, da família, dos amigos, dos prazeres da vida e das próprias atividades laborais, mas, tudo isso, em nome de uma finalidade pública, de um retorno social de tempo e investimento empregados em tarefa de pesquisa que se pretende útil na construção dos direitos culturais, na defesa do patrimônio cultural, dos direitos dos invisibilizados, e na expectativa de, quem sabe, subsidiar mudanças de orientação normativa e política nos órgãos de proteção e salvaguarda de bens culturais no Brasil.

Enquanto este último aspecto diz respeito à tese em si, preenche-se nessa pequena esfera os outros tratos do mundo da vida, em agradecimentos que igualmente aqui não cabem em extensão e dimensão reais, mas que expressam a gratidão e o reconhecimento de uma trajetória marcada em memória e de muitos fluxos e mudanças territoriais pelo Brasil e pelo mundo. Talvez essas experiências de vida sejam outro produto do doutorado.

Se pudesse traduzir calma, paciência, apoio, companheirismo, dedicação, e, por fim, amor, em uma só pessoa, essas qualidades estariam todas em um só ser humano: Jessica Fontenele Sales. Sem ela não teria sido possível nenhuma dessas transições espaciais e temporais, e ainda que a distância nos castigasse, o conforto do amor e a alteridade nunca faltaram para perseverar e crer que este dia chegaria e anunciaria uma vida sem tantas horas suprimidas, sem tantos quilômetros intransponíveis, e com a possibilidade de me dedicar à saudade dos abraços, aos copos nos bares, às pedaladas sem destino, ao anúncio do aconchego lar, às forças para construção de um mundo justo, mais humano, com cheiro e rosto de flor como a namorada que nunca me faltou. À minha sempre saudade, eu tô voltando, no ritmo da música de Chico Buarque, sem mais olhares de adeus ou até logo. Não existiria essa tese sem suas forças e sua grandeza de mulher. Se a filha para mim representa meu maior sustentáculo, não poderia esquecer das preces, orações, palavras de carinho e apoio da Dona Cícera, durante todo esse tempo, além do pedido de desculpas por vezes atrapalhar a rotina de sua

própria casa para abrigar a necessidade da mudança de ares para escrever.

Aos meus pais, José Praxedes e Maria de Lourdes, o filho aqui, que nunca chegou bem a sair de casa, pois lá sempre foi e será seu porto seguro, corre o risco de se tornar repetitivo em mais uma etapa acadêmica da vida concluída. Mas, se há bases importantes para construção de uma tese como suporte e apoio, torcida a seu modo e muita bajulação, todos estão encarnados no ambiente favorável que eles e meus irmãos, Felipe e Manuela, e a tia Elenice, proporcionaram para mim ao longo dos últimos anos, ouvindo, se preocupando, torcendo, me substituindo, nunca se ausentando e aguentando minhas angústias, reclamações inoportunas e pequenos rompantes de irritação passageira que não cabem em uma casa onde movimentos e encontros são os maiores sinais de sua vida.

Aos meus familiares, agradeço a preocupação sempre dispensada, as palavras de incentivo, a compreensão pelas ausências, a admiração e o respeito, que em alguma medida espero retribuir. Não poderia de deixar de dar um tom especial ao agradecimento à minha tia Ana Maria Praxedes Costa pela confiança depositada, pelos créditos e pelas valiosas assistências e préstimos quando me foi difícil a distância de casa.

A vida na Ilha da Magia não poderia ter seus encantos sem a amizade, sem as conversas, sem as risadas, sem os almoços, cafés e jantares, com os amigos e amigas que me deram desde o primeiro momento de chegada em Florianópolis, o auxílio para iniciar a jornada do doutorado. Ao amigo Valter Moura do Carmo, a eterna gratidão e compreensão das minhas faltas, e a fraternidade gratuita e hospitaleira sempre, desde a empatia conflituosa dos primórdios da faculdade de Direito na Universidade de Fortaleza. À amiga Daniela Félix e sua família, o pedido de desculpas pelas tantas vezes que fui inoportuno nos pedidos de ajuda em Floripa, mas igualmente a felicidade de partilhar convicções e boas histórias nessa caminhada que se finda.

Às amigas de toda hora, Heloísa Gomes Medeiros e Ana Rita Cabral, o carinho pelas tantas vezes que de longe precisei das ajudas com a burocracia acadêmica, mas também com palavras de conforto e trocas de ideias sobre angústias, percalços e expectativas sobre essa trilha.

À Turma do Doutorado de 2013, cuja existência supriu o apego à família, apesar de as correrias e os trânsitos da vida para diferentes destinos, sem dúvida o enriquecimento do contato com outras visões de mundo, de vivências e de aflições, ajudou a tornar esse caminho menos árduo. Por isso, dedico meu afeto aos amigos e amigas, Lígia Ribeiro, Brenda Maffei, Márcio de Souza Bernardes, Daniela Richter, Fernanda da Silva Lima, Suelen Carls e João Luiz Esteves. O Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC também me trouxe a aproximação com o

mestre Felipe Pante e a pós-doutora Lúcia Castillo a quem devo préstimos e tenho estima, a quem estendo este reconhecimento fraternal.

À antiga equipe do Departamento de Inovação Tecnológica da UFSC, formada pela Professora Dra. Rosângela Pedrosa, pelo Professor Dr. Irineu Afonso Frey, pelo advogado Rodrigo Frozin, e pelos servidores João Carlos Vicente, Vanessa Moritz Luz e Mariana Machado, a admiração pelo trabalho, empenho, zelo e dedicação no resguardo das potencialidades geradas pelo conhecimento, inovação e pesquisa em uma Universidade Pública de excelência, e a gratidão pelo aprendizado e aperfeiçoamento que obtive durante o ano em que trabalhei me aprofundando na resolução de casos e acordos que envolviam propriedade intelectual de nossa instituição.

Aos integrantes, novos e antigos, do Grupo de Estudos em Direitos Autorais e da Informação da Universidade de Santa Catarina – GEDAI/UFSC e do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza – GEPDC/UNIFOR sem os quais muitos fundamentos, ideais e informações presentes nesta tese não teriam sido possíveis de ter ou obter, meu apreço pelas trocas e partilhas culturais.

Assim também, agradeço ao Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias – NEPE/UFSC, especialmente aos queridos e queridas Emiliano Maldonado, Isabella Lunelli e Débora Ferrazzo, pela abertura da mente aos novos caminhos de um constitucionalismo latino-americano e por partilharmos processos no estágio docência e em bons momentos lúdicos de integração. Não poderia esquecer do Professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer que sempre que pode ajudar-me com referências, livros, espaço de sua sala, se disponibilizou para atender meus pedidos e me escutar quanto a dúvidas, perguntas e provocações sobre história do direito, teoria crítica e direitos humanos.

À Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA, da qual tenho orgulho de integrar o quadro docente do Curso de Direito, o obrigado à compreensão de que nós professores também precisamos de incentivos para nos aperfeiçoarmos e nos atualizarmos com qualidade. Espero devolver na mesma altura o tempo longe dedicado à tese aos discentes, mas à sociedade do Estado do Rio Grande do Norte e, em particular, da cidade de Mossoró, como aos colegas docentes. Esta tese não seria possível sem a colaboração e força dos professores Daniel Alves Pessoa, Oona de Oliveira Caju, Gilmar Joane Macêdo de Medeiros, Ana Maria Bezerra Lucas, Ady Canário e Ludmilla Carvalho Serafim, sem os quais não teria conseguido me afastar para me dedicar exclusivamente a esta empreitada. Aos amigos da UERN, João Paulo Medeiros e Tayse Palitot, que sempre me abrigaram e contribuíram para minha permanência

em Mossoró.

Aos três primeiros que integram o Centro de Referências de Direitos Humanos – CRDH/UFERSA e aos discentes, dedico o quão importante nesse processo é a força da amizade e da compreensão, assim como proporcionar momentos de distração, os menores que sejam para poder prosseguir nesse intento.

Aos amigos Mário Ferreira de Pragmácio Telles, Gyl Giffony, Michel Platini, Gustavo Damasceno, Natan Garcia, agradeço a manutenção da amizade de tanto tempo que se une ao elo do comprometimento e da seriedade com que queremos o bem-estar no campo cultural no Brasil. Os incômodos, as brincadeiras, as piadas, as discussões, as aflições políticas sem dúvida orientaram de alguma forma alguns pontos das reflexões aqui esboçados. Soma-se a isso às reuniões periódicas da confraria dos Juristas do Manguê, nas quais compartilho dos ensinamentos dos amigos professores, orientadores da vida, Alexandre Barbalho, e meu guru intelectual Francisco Humberto Cunha Filho, suporte teórico, emocional, um grande amigo.

Aos amigos Luiz Júnior e Henrique Araújo, que integram esse círculo dos afetos humanos e culturais, dedico a gratidão pela compreensão da ausência e terem permanecido ao meu lado nos tempos mais difíceis. Assim também, não poderia me esquecer das amizades que suportaram essa trajetória, alguns desde a graduação, afagando os momentos mais difíceis e, ao mesmo tempo, compreendendo as ausências inusitadas, por isso agradeço o companheirismo de Isabelle de Castro Maciel, João Lucas Vieira Nogueira, Marcelo Pessoa Pontes, Rachel Garcia, Márcio Aguiar e Ingrid Viana.

Nesses tempos de ataque à educação gratuita, pública e de qualidade, e corte de gastos públicos na área educacional, registro o quão importante foi, ainda que por pouco tempo, o auxílio financeiro das bolsas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, instituições públicas sem as quais não haveria pesquisa nesse país. Nesse sentido, agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina sem sua estrutura, sem seus servidores dedicados, sem seus serviços bibliotecários, sem as refeições a baixo custo, certamente a vida de doutorando teria sido mais difícil.

Às servidoras do Departamento de Patrimônio Imaterial do IPHAN, Diana Dianovsky, Sara Santos e Rivia Ryker, antiga diretora daquela unidade, o reconhecimento da atenção que me dedicaram, durante o curto período em Brasília em 2015, para obtenção dos processos administrativos dos bens imateriais registrados que foram objeto de

análise por esta pesquisa. Igualmente, ao servidor Ricardo Augusto Pereira da Superintendência do IPHAN no Piauí, que teve a gentileza de me enviar algumas documentações referentes ao conflito entre produtores da cajuína, bem imaterial brasileiro, e uma marca de refrigerantes naquele Estado.

À Professora Lúcia Regina Fernandes, Coordenadora-Geral de Indicações Geográficas e Registro do INPI, sem a atenção na qual não poderia ter tido acesso à integralidade dos processos administrativos de indicações de origem brasileiras também registradas como bens imateriais.

Ao Professor Doutor Dario Moura Vicente, do Curso de Direito da Universidade de Lisboa, e presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI, meu eterno agradecimento por ter me recebido para estágio doutoral, durante o primeiro semestre de 2016. Manifesto gratidão à solicitude de sua equipe, o Dr. Rui Ferreira Santos que por meses proporcionou meu acesso ao acervo da APDI e me orientou quanto ao cotidiano universitário da “Clássica” e das etapas do Curso de Pós-Graduação em Direito Intelectual, assim como também à amabilidade da Dra. Ana Caras-Altas do Instituto de Cooperação Jurídica da FDUL.

Dedico a mesma consideração ao Professor Doutor José Luís Bonifácio Ramos que me permitiu participar como ouvinte do Curso Pós-Graduando de Direito do Patrimônio Cultural, nos meses de estudo em Portugal.

À hospitalidade dos Professores Doutor Felipe Palau Ramirez e Doutor Guillermo Palao Moreno, ambos da Universidade de Valência, que me receberam na cidade espanhola a fim de estreitar relações no intercâmbio acadêmico e jurídico, no que concerne a projetos futuros sobre propriedade intelectual na UFERSA.

Por orientação do meu orientador, realizei visita acadêmica à Universidade de Valência na qual me reuni com o Professor Dr. Felipe Palau Ramirez, especialista em proteção jurídica das indicações geográficas e denominações de origem na Europa, mas com projetos de pesquisa internacional nos Andes, e o Professor Dr. Guillermo Palao Moreno, Vice-Reitor de Internacionalização e Cooperação daquela instituição superior, para tentar estreitar esta relação no campo jurídico, particularmente no que concerne a futuros projetos envolvendo propriedade intelectual na UFERSA.

À companhia do amigo-irmão, companheiro advogado popular e professor, Eduardo Fernandes que, durante a estadia em Portugal, permitiu que eu tivesse acesso às bibliotecas da Faculdade de Direito e do

Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, e tornou essa temporada uma jornada pessoal de autoconhecimento e engrandecimento, de intercâmbios linguísticos, políticos, acadêmicos e culturais. Do mesmo modo, minha mudança para Lisboa não seria a mesma coisa sem a mão amiga de Paulo Cavaleiro, jornalista cujas lições e ensinamentos humanitários fizeram-me entender as raízes lusitanas e compreender melhor os brasileiros. Aos amigos que me acolheram na jornada em Portugal, Eduardo Gomes, Diana Gondim, Giovanna Gomez, Marissol Pinheiro e Rute Henriques, eternamente grato pela acolhida e pelo preenchimento dos momentos de solidude.

Ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza, agradeço pelo suporte material, em particular ao amigo Professor Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, que nos últimos momentos da escrita deu suporte necessário para que usasse as instalações da UNIFOR, instituição que sempre me acolheu desde a graduação ao mestrado, e nunca deixou de fazer parte da minha vida acadêmica.

Ao orientador em todas as esferas da vida, Professor Dr. Marcos Wachowicz, a enorme gratidão pela confiança em mim depositada, pelo incentivo através dessa energia, empolgação, vitalidade, e pelas palavras de apoio no momento em que mais precisei. Minha estima por nunca em nenhum momento ter me faltado, sempre que necessitei de escritos, apoio para congressos, estímulos e de uma conversa amiga, esteve presente.

Independentemente de integrar a banca, a inestimável contribuição intelectual e estrutural, na reta final, do Professor Dr. Frederico Barbosa, que muito mais do que um coorientador informal, com sua amizade e solidariedade soube, com sua paciência, trabalhar minhas ansiedades, angústias e medos, foi fundamental para que este momento se concretizasse.

À professora Doutora Carolina Medeiros Bahia e aos professores Doutores David Oliveira e Fernando Dantas, o inestimável agradecimento por terem aceitado participar desta tese, antecipando a gratidão pela leitura, avaliação e comentários.

Aos inúmeros bares, café, parques, museus, hotéis, riads, hostels, terminais rodoviários e aeroportos, universidades e instituições pelos quais passei, aos anônimos e aqueles que deixaram uma centelha de seu tempo comigo, grato por ter sido atravessado pelas experiências de vida, pelas conversas inesperadas e informais, pelos momentos de reflexão, contemplação, e pelo aprendizado nessa caminhada.

The Thought Fox

I imagine this midnight moment's forest:
Something else is alive
Beside the clock's loneliness
And this blank page where my fingers
move.

Through the window I see no star:
Something more near
Though deeper within darkness
Is entering the loneliness:

Cold, delicately as the dark snow
A fox's nose touches twig, leaf;
Two eyes serve a movement, that now
And again now, and now, and now

Sets neat prints into the snow
Between trees, and warily a lame
Shadow lags by stump and in hollow
Of a body that is bold to come

Across clearings, an eye,
A widening deepening greenness,
Brilliantly, concentratedly,
Coming about its own business

Till, with a sudden sharp hot stink of fox
It enters the dark hole of the head.
The window is starless still; the clock ticks,
The page is printed. (Ted Hughes)

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 instaurou Estado Sociocultural Democrático de Direito, em que a garantia dos direitos culturais espelha o resultado do reconhecimento do pluralismo e da diversidade cultural brasileira. Os direitos culturais são aqueles referentes à proteção transtemporal de toda produção humana relacionada às artes, à memória coletiva e aos fluxos de saberes, fazeres e viveres, com vistas à realização do princípio (valor) da dignidade humana, tanto dos indivíduos, quanto de grupos e coletividades. As normas constitucionais da cultura disciplinam campo jurídico autônomo regido por princípios orientadores e irradiadores das matérias e conteúdos culturais dos direitos culturais. O direito fundamental ao patrimônio cultural imaterial (PCI) representa conquista legítima de grupos formadores da sociedade brasileira, como povos indígenas, grupos étnicos-raciais e comunidades tradicionais, cujos valores e bens culturais, juntamente com esses sujeitos de direitos coletivos, foram invisibilizados, marginalizados ou excluídos do histórico da proteção do patrimônio cultural brasileiro, no qual se nota, durante boa parte do século XX, a ausência de sua salvaguarda pelo organismo de proteção federal do patrimônio cultural, o IPHAN. A Constituição Federal conferiu a essas coletividades o *status jurídico* de sujeitos de direitos coletivos sobre seu próprio patrimônio cultural imaterial, bastando que os bens fossem portadores de referência cultural da identidade, memória e ação desses grupos. A emergência do patrimônio cultural imaterial de natureza viva, processual, dinâmica, mutável, fez com que, no âmbito federal, houvesse a criação do mecanismo de salvaguarda de bens culturais imateriais, denominado Registro, regulamentado pelo Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, e do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI. Com o mecanismo e as ações e políticas de salvaguarda, veio à tona a expectativa de detentores de expressões e conhecimentos tradicionais do reconhecimento de direitos coletivos, mormente direitos intelectuais sobre seus bens culturais imateriais registrados, o que resta evidenciado no surgimento de conflitos entre esses sujeitos e terceiros estranhos à transmissibilidade, continuidade, produção e reprodução cultural desse patrimônio que se apropriam indevidamente de formas de expressão e modos de saber-fazer sem sua autorização ou participação, requerendo assim atuação do IPHAN para mediar ou solucionar esses litígios. Isso posto, o Registro do PCI possuiria efeitos imediatos explícitos declaratórios de reconhecimento e valorização dos bens culturais imateriais dos detentores obrigando o Estado a salvaguardá-los, apoiá-los

e fomentá-los. Mas também, igualmente, efeitos mediatos implícitos constitutivos, isto é, não expressos no Decreto, em que, a partir das reivindicações de direitos intelectuais associados ao PCI, os detentores, pela via interpretativa da tomada de consciência legal ou em razão de seus direitos costumeiros, obteriam o controle dos processos, produtos e resultados de expressões e conhecimentos tradicionais registrados para limitar os interesses de terceiros sobre usos e explorações comerciais dos bens. Dessa maneira, a presente tese teve como objetivo principal analisar os efeitos sociojurídicos do mecanismo do Registro para fins de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, quer fossem decorrentes de seu direito consuetudinário, ou oriundos do uso de instrumentos da propriedade intelectual convencional (PI), como as indicações geográficas e as marcas coletivas, para se sobrepor ao instrumento de reconhecimento, conferindo dupla proteção. Para tanto, por meio de análise documental em fontes primárias e auxiliares, analisou-se os processos administrativos de doze bens imateriais registrados, distribuídos nos Livros das Formas de Expressão e dos Saberes, com o fito de identificar casos conflituosos entre os detentores e terceiros interessados no seu PCI, envolvendo disputas jurídicas sobre os bens relacionadas a direitos intelectuais. Concluiu-se do conjunto de casos encontrados que os detentores, a partir de visão extensiva dos efeitos do Registro, utilizaram-se da defesa do seu patrimônio cultural imaterial e do ato declaratório do mecanismo de reconhecimento para reivindicar direitos intelectuais coletivos contra apropriações indevidas, para uso defensivo de seus direitos sobre o PCI, para uso positivo contra apropriação indevida pela propriedade intelectual e para, propositivamente, por meio de sobreposição, aliar a salvaguarda de seus bens culturais imateriais com mecanismos da PI. Dessa feita, a pesquisa doutoral seguiu a vertente jurídico-sociológica de viés compreensivo/interpretativo, com aportes metodológicos da história do instituto do Registro por fontes primárias, dos métodos de procedimento monográfico e técnicas de análise documental de estudos de casos, bem como por bibliografias gerais e específicas das matérias jurídicas direta e tangencialmente abordadas. A estrutura interna do trabalho acaba por trilhar um duplo movimento: dedutivo inicialmente, para explicar o que e quais são direitos culturais na Constituição Federal de 1988, quem são seus sujeitos de direito, e da análise normativa do instituto, e indutivo em um segundo momento, pois se auxiliou da base documental dos processos administrativos do Registro de doze bens culturais imateriais para demonstrar que seus efeitos são mais que declaratórios.

Palavras-chave: Registro. Patrimônio Cultural Imaterial. Direitos Culturais. Direitos Intelectuais Coletivos. Povos e Comunidades Tradicionais.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 has established the Democratic Sociocultural State of Law in which the guarantee of cultural rights represents the result of the Brazilian recognition of pluralism and cultural diversity. Cultural rights are those related to extra temporary protection of all human production regarding arts, collective memory and the flows of knowledge, of doing and living, with the purpose of realizing the human dignity principle (value) of individuals, groups and collectivities. The constitutional norms of culture discipline the autonomous legal field governed by guiding and radiating principles of the subjects and cultural contents of cultural rights. The fundamental right to intangible cultural heritage (PCI) represents the legitimate achievement of groups that helped building the Brazilian society, such as native people, ethnic and racial groups, and traditional communities, whose cultural values and assets, as well as these collective rights subjects, were overlooked, marginalized, or excluded from the historic protection of the Brazilian cultural heritage, in which it was evidenced, largely in the twentieth century was, the absence of its safeguard by the Federal Cultural Heritage Protection Agency, called IPHAN. The Federal Constitution provided these collectivities with the legal status of subjects of collective rights over their own intangible cultural heritage, as long as the assets held cultural reference of identity, memory and action of those groups. The emergence of intangible cultural heritage as a lively, procedural, dynamic, mutable nature made it possible, at the federal level, to create a mechanism for safeguarding of intangible cultural property called Registry, which is regulated by the Decree 3551, of August 4, 2000, and the National Intangible Heritage Program (called PNPI). With the mechanism and the political actions of safeguarding, it came to light the expectation of holders of expressions and traditional knowledge for recognitions of collective rights, mainly, intellectual rights on their registered intangible cultural assets, which is evidenced in the emergence of conflicts between these subjects and third parties strangers to the transmissibility, continuity, production, and cultural reproduction of that heritage that improperly appropriates of forms of expression and ways of know-how, without their authorization or participation and, then, it required that the IPHAN acting to mediate or solve such litigation. In this way, the PCI Registry would have immediate explicit declaratory effects of recognition and valuation of the non-material cultural assets of the holders, compelling the State to safeguard, support, and promote them; but also, immediate implicit constitutive effects, not expressed in the

Decree, in which, from the intellectual right claims associated with the PCI, the holders, through the interpretative way of legal awareness or because of their Common rights, would gain control over the processes, products and results of expressions and traditional knowledge registered to limit the interests of third parties over the uses and commercial exploitations of the goods. In this way, the main objective of this thesis was to analyze the socio-legal effects of the Registry mechanism for recognizing collective intellectual rights derived from its customary law or from the use of conventional intellectual property instruments (PI), such as geographical indications and collective marks, to overcome the instrument of recognition, conferring double protection. Therefore, through a documentary analysis of primary and auxiliary sources, we analyzed the administrative processes of twelve registered intangible assets, issued from the books of Forms of Expression and Knowledge, in order to identify conflicting cases between the holders and third parties interested in their PCI, involving legal disputes over intellectual property. It is concluded from the set of found cases that the holders, based on the extensive view of the effects of the Registry, used in the defense of their intangible cultural heritage and in the declaratory act the recognition mechanism to claim collective intellectual rights against improper appropriations, for the defensive use of their rights over the PCI, for positive use against misappropriation of intellectual property and for the purpose, through superposition, to combine the safeguarding of their intangible cultural assets with PI mechanisms. From the foregoing, the doctoral research followed the juridical-sociological side of a comprehensive or interpretative tendency, with methodological contributions of the history of the Registry using primary sources, the methods of monographic procedure and techniques of documentary analysis of case studies, as well as general and specific bibliographies of the legal subject-matters directly and tangentially addressed. The internal structure of the work ends up going through a double movement: initially deductive, to explain what and what are the cultural rights in the Federal Constitution of 1988, who are its subjects of law, and the normative analysis of the institute; and inductive, secondly, since it was assisted by the documentary basis of the administrative processes of the Registry of twelve intangible cultural assets to demonstrate that its effects are more than declarative

Keywords: Registration. Intangible Cultural Heritage. Cultural Rights. Collective Intellectual Rights. Traditional People and Communities.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 instauró el Estado Sociocultural Democrático de Derecho en el que la garantía de los derechos culturales representa el resultado del reconocimiento del pluralismo y de la diversidad cultural brasileña. Los derechos culturales son aquellos referentes a la protección extra temporal de toda producción humana relacionada con las artes, la memoria colectiva y los flujos del saber, del hacer y del vivir, con vistas a la realización del principio (valor) de la dignidad humana, tanto de los individuos, como de los grupos y colectividades. Las normas constitucionales de la cultura disciplinan el campo jurídico autónomo regido por principios orientadores e irradiadores de las materias y contenidos culturales de los derechos culturales. El derecho fundamental al patrimonio cultural inmaterial (PCI) representa la conquista legítima de grupos formadores de la sociedad brasileña, como los pueblos indígenas, grupos étnicos-raciales y comunidades tradicionales, cuyos valores y bienes culturales, conjuntamente con esos sujetos de derechos colectivos, fueron desapercibidos, marginalizados o excluidos del histórico de la protección del patrimonio cultural brasileño, en el cual se evidencia, durante gran parte del siglo XX, la ausencia de su salvaguarda por el organismo de protección federal del patrimonio cultural, el IPHAN. La Constitución Federal confirió a esas colectividades el *status jurídico* de sujetos de derechos colectivos sobre su propio patrimonio cultural inmaterial, bastando que los bienes fuesen portadores de referencia cultural de identidad, memoria y acción de esos grupos. La emergencia del patrimonio cultural inmaterial de naturaleza viva, procesal, dinámica, mutable, posibilitó que, en el ámbito federal, se creara el mecanismo de salvaguarda de bienes culturales inmateriales denominado Registro, regulado por el Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, y del Programa Nacional del Patrimonio Inmaterial – PNPI. Con el mecanismo y las acciones políticas de salvaguarda vino a la luz la expectativa de poseedores de expresiones y conocimientos tradicionales para reconocimientos de derechos colectivos, principalmente, derechos intelectuales sobre sus bienes culturales inmateriales registrados, lo que resta evidenciado en el surgimiento de conflictos entre esos sujetos y terceros extraños a la transmisibilidad, continuidad, producción y reproducción cultural de ese patrimonio que se apropian indebidamente de formas de expresión y de modos de saber-hacer, sin su autorización o participación, requiriendo así la actuación del IPHAN para mediar o solucionar esos litigios. De esta forma, el Registro del PCI poseería

efectos inmediatos explícitos declaratorios de reconocimiento y valoración de los bienes culturales inmateriales de los poseedores, obligando al Estado a salvaguardarlos, apoyarlos e fomentarlos; mas, también, igualmente, efectos inmediatos implícitos constitutivos, no expresados en el Decreto, en que, a partir de las reivindicaciones de derechos intelectuales asociados al PCI, los poseedores, por la vía interpretativa de la toma de conciencia legal o en razón de sus derechos habituales, obtendrían el control de los procesos, productos y resultados de expresiones y conocimientos tradicionales registrados para limitar los intereses de terceros sobre los usos y explotaciones comerciales de los bienes. De esta manera, la presente tesis tuvo como objetivo principal analizar los efectos socio-jurídicos del mecanismo del Registro para fines de reconocimiento de derechos intelectuales colectivos, que fuesen derivados de su derecho consuetudinario, u oriundos del uso de instrumentos de la propiedad intelectual convencional (PI), como las indicaciones geográficas y las marcas colectivas, para sobreponerse al instrumento de reconocimiento, confiriéndole doble protección. Por tanto, a través del análisis documental de fuentes primarias y auxiliares se analizaron los procesos administrativos de doce bienes inmateriales registrados, distribuidos en los Libros de las Formas de Expresión y de los Saberes, con la intención de identificar casos conflictivos entre los poseedores y terceros interesados en su PCI, envolviendo disputas jurídicas sobre los bienes relacionados con derechos intelectuales. Concluyese del conjunto de casos encontrados que los poseedores, a partir de la visión extensiva de los efectos del Registro, utilizaron en la defensa de su patrimonio cultural inmaterial y en el acto declaratorio el mecanismo de reconocimiento para reivindicar derechos intelectuales colectivos contra apropiaciones indebidas, para el uso defensivo de sus derechos sobre el PCI, para el uso positivo contra la apropiación indebida por la propiedad intelectual y para, de propósito, por medio de la superposición, aliar la salvaguarda de sus bienes culturales inmateriales con los mecanismos de la PI. De lo antes realizado, la pesquisa doctoral siguió la vertiente jurídico-sociológica de tendencia comprensiva/interpretativa, con aportes metodológicos de la historia del instituto del Registro por fuentes primarias, de los métodos de procedimiento monográfico y técnicas de análisis documental de estudios de casos, así como por bibliografías generales y específicas de las materias jurídicas directa y tangencialmente abordadas. La estructura interna del trabajo acaba por recorrer un doble movimiento: deductivo inicialmente, para explicar qué y cuáles son los derechos culturales en la Constitución Federal de 1988, quiénes son sus sujetos de derecho, y del

análisis normativo del instituto; e inductivo, en un segundo, pues se auxilió de la base documental de los procesos administrativos del Registro de doce bienes culturales inmateriales para demostrar que sus efectos son más que declaratorios.

Palabras-clave: Registro. Patrimonio Cultural Inmaterial. Derechos Culturales. Derechos Intelectuales Colectivos. Pueblos y Comunidades Tradicionales.

RÉSUMÉ

La Constitution Fédérale de 1988 a établi l'État Socioculturel Démocratique de Droit, où la garantie des droits culturels refléchit le résultat de la reconnaissance du pluralisme et de la diversité culturelle brésilienne. Les droits culturels sont ceux qui reportent à la protection transtemporel de la production humaine liée aux arts, à la mémoire collective et aux flux de savoirs, pratiques et trains de vie, afin de mettre en œuvre le principe (valeur) de la dignité humaine, soit des individus, soit des groupes et des communautés. Les règles constitutionnelles régissent domaine juridique autonome soumis à des principes directeurs et diffuseurs des matières et contenus culturels des droits culturels. Le droit fondamental au patrimoine culturel immatériel (PCI) représente une conquête légitime des groupes qui forment la société brésilienne, comme les peuples autochtones, des groupes ethniques et raciaux et des communautés traditionnelles, dont les valeurs et les biens culturels, ainsi que ces sujets de droits collectifs, ont été rendus invisibles, marginalisés ou supprimés de l'histoire de la protection du patrimoine culturel brésilien dans lequel on remarque, pendant une grande partie du XXe siècle, l'absence de leur sauvegarde par l'organisme de protection fédéral du patrimoine culturel, l'IPHAN (*Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*). La Constitution Fédérale a octroyé à ces communautés le statut juridique de sujets de droits collectifs sur leur propre patrimoine culturel immatériel ; il suffit que ces biens soient porteurs d'une référence culturelle de l'identité, de la mémoire et de l'action de ces groupes. L'émergence du patrimoine culturel immatériel d'un caractère vivant, procédural, dynamique, changeable a entraîné, au niveau fédéral, la création du mécanisme de sauvegarde des biens culturels immatériels, nommé *Registro* (Registre), réglementé par le Décret n° 3551, du 4 août 2000, et le *Programa Nacional do Patrimônio Imaterial* – PNPI. Il ressort du mécanisme et des actions et politiques de sauvegarde l'espérance des détenteurs des expressions et connaissances traditionnelles à la reconnaissance aux droits collectifs, surtout les droits intellectuels sur leurs biens culturels immatériels enregistrés, ce qui reste évident dans la survenance de conflits entre ces sujets et des tiers étrangers à la transférabilité, la continuité, la production et la reproduction culturelle de ce patrimoine, qui s'approprient à tort des formes d'expression et des façons de savoir-faire sans leur consentement ni leur participation, ce qui requiert l'action de l'IPHAN comme médiateur ou même pour résoudre ces différends. Cela dit, le *Registro* du PCI aurait des effets immédiats explicites déclaratoires de reconnaissance et de mise en valeur

des biens culturels immatériels de ses détenteurs, en obligeant l'État à les protéger, les soutenir et les promouvoir. Mais, aussi, de la même façon, des effets médiats implicites constitutifs, c'est-à-dire, non explicites dans le Décret, dans lesquels, à partir des revendications des droits intellectuels associés au PCI, ses détenteurs, par la voie interprétative de la prise de conscience légale ou en raison de leurs droits coutumiers, prendraient le contrôle des processus, produits et résultats des expressions et des savoirs traditionnels enregistrés pour limiter les attraits des tiers sur les utilisations et les exploits commerciaux des biens. Ainsi, cette thèse cible l'analyse des effets socio-juridiques du mécanisme du *Registro* pour la reconnaissance des droits intellectuels collectifs, soit en raison de leur droit consuetudinaire, soit originaires de l'utilisation des instruments de propriété intellectuelle conventionnelle (PI), comme les indications géographiques et les marques collectives, pour se superposer à l'instrument de reconnaissance, en fournissant une double protection. Pour ce faire, au moyen de l'analyse des documents de sources primaires et secondaires, on a analysé les procédures administratives de douze biens immatériels enregistrés, repartis dans les *Livros das Formas de Expressão e dos Saberes* (Livres de Formes d'Expression et des Savoirs), dans le but d'identifier les cas de conflit entre les détenteurs et les tiers intéressés à son PCI, en impliquant des litiges sur les biens à l'égard des droits intellectuels. On a conclu, à partir de l'ensemble des cas retrouvés, que les détenteurs, à partir de la vision extensive des effets du *Registro*, ont utilisé la défense de leur patrimoine culturel immatériel et l'acte déclaratoire du mécanisme de reconnaissance pour revendiquer des droits intellectuels collectifs contre le détournement, pour utilisation défensive de leurs droits au PCI, pour une utilisation positive contre l'appropriation illicite de la propriété intellectuelle et, comme action propositive, au moyen de la superposition, pour combiner la sauvegarde de leurs biens culturels immatériels aux mécanismes de la PI. Ainsi, la recherche doctorale a suivi le volet juridico-social de biais compréhensif / interprétatif, avec des contributions méthodologiques de l'histoire l'institut du *Registro* par des sources primaires, des méthodes de procédure monographique et des techniques d'analyse documentaire des études de cas, tout comme des bibliographies générales et spécifiques des questions juridiques directement et tangentiellement abordées. La structure interne de ce travail finit par parcourir un double mouvement : déductive d'abord, pour expliquer ce que sont et quels sont les droits culturels dans la Constitution Fédérale de 1988, qui sont ses sujets de droit, et l'analyse normative de l'institut, et inductif dans un second mouvement, parce que ce travail s'est servi de la base documentaire des processus administratifs du *Registro* de

douze biens culturels immatériels pour démontrer que ses effets ne sont pas que déclaratoires.

Mots-clés: Inscription. Patrimoine Culturel Immatériel. Droits culturels. Droits Intellectuels Collectifs des droits. Peuples et Communautés Traditionnels.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS¹

ABAM – Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU – Advocacia Geral da União
ANC – Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988
APG – Associação das Paneleiras de Goiabeiras
APINA – Conselho das Aldeias Wajãpi
ARIPO – Organização da Propriedade Intelectual Regional Africana
ASARISAN – Associação das Artesãs Ribeirinhas de Santarém
ASDEREN – Associação para o Desenvolvimento da Renda Irlandesa de Divina Pastora
ACIMRN – Associação das Comunidades Indígenas do Médio Rio Negro
BNB – Banco do Nordeste do Brasil
CAJUESPI – Cooperativa de Produtores de Cajuína do Piauí
CESAN – Companhia Espírito-Santense de Saneamento
CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNRC – Centro Nacional de Referência Cultural
CNFCP – Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular
CNIC – Comissão Nacional de Incentivo à Cultura
COPEDOC – Coordenação-Geral de Pesquisa e Documentação
CPC – Código de Processo Civil
CPCs – Centros Populares de Cultura
DID – Departamento de Documentação e Identificação
DPI – Departamento do Patrimônio Imaterial
DOU – Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
EMATER – Instituto de Assistência Técnica e Extensão Rural do Piauí
EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
FCRB – Fundação Casa de Rui Barbosa
FHC – Fernando Henrique Cardoso
FNC – Fundo Nacional da Cultura
FOIRN – Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro
FUNARTE – Fundação Nacional de Artes

¹ As abreviaturas em inglês foram traduzidas aqui diretamente para o seu significado em português.

FUNAI – Fundação Nacional do Índio
GTPI – Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial
IBECC – Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura
IBRAM – Instituto Brasileiro de Museus
ICOM – Conselho Internacional de Museus
ICCROM – Centro Internacional para o Estudo da Preservação e Restauro de Bens Culturais
ICOMOS – Conselho Internacional de Monumentos e Sítios
IGs – Indicações Geográficas
IHGB – Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro
IN – Instrução Normativa
INDL – Inventário Nacional da Diversidade Linguística
INRC – Inventário Nacional de Referências Culturais
INPI – Instituto Nacional da Propriedade Intelectual
IPAC/BA – Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia
IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional
ISA – Instituto Socioambiental
LDA – Lei de Direitos Autorais
LPI – Lei de Propriedade Industrial
MC – Medida Cautelar
MEC – Ministério da Educação e Cultura
MI – Museu do Índio
MINC – Ministério da Cultura
MONDIACULT – Conferência Mundial sobre Políticas Culturais
MP – Ministério Público
MPF – Ministério Público Federal
OEA – Organização dos Estados Americanos
OIT – Organização Internacional do Trabalho
OMC – Organização Mundial do Comércio
OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU – Organização das Nações Unidas
PHA – Patrimônio Histórico e Artístico
PC – Patrimônio Cultural
PCM – Patrimônio Cultural Material
PCI – Patrimônio Cultural Imaterial
PCH – Programa Integrado de Reconstrução das Cidades Históricas
PEC – Projeto de Emenda Constitucional
PI – Propriedade Intelectual
PL – Projeto de Lei
PNC – Plano Nacional de Cultura
PNPCT – Política Nacional Desenvolvimento Sustentável dos Povos e

Comunidades Tradicionais

PRONAC – Programa Nacional de Apoio à Cultura

PRÓ-MEMÓRIA – Fundação Nacional Pró-Memória

PRONAC – Programa Nacional de Apoio à Cultura

PRT – Procuradoria Regional do Trabalho

REsp – Recurso Especial

RExtr – Recurso Extraordinário

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SECULT-ES – Secretaria de Cultura do Estado do Espírito Santo

SNC – Sistema Nacional de Cultura

SPAN – Serviço do Patrimônio Artístico Nacional

SPHAN – Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRIPS – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual
Relacionados ao Comércio

UNCTAD – Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o
Desenvolvimento

UNE – União Nacional dos Estudantes

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência
e a Cultura

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 – Eixos e ações dos Planos de Salvaguarda

Quadro 02 – Lista dos Processos pesquisados de Bens Culturais Imateriais brasileiros registrados pelo IPHAN em ordem cronológica

Quadro 03 – Síntese dos Bens Culturais Imateriais e das Expectativas Aparentes de seus Detentores com o Registro

Quadro 04 – Síntese dos conflitos e demandas dos detentores sobre direitos intelectuais

Quadro 05 – Bens Culturais Imateriais registrados pelo Decreto nº 3.551/2000 e como Indicações Geográficas no INPI

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	29
LISTA DE QUADROS	33
SUMÁRIO	35
INTRODUÇÃO.....	37
1 DIREITOS CULTURAIS E PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	55
1.1 Labirintos entre cultura e direito	56
1.2 Direitos culturais como direitos fundamentais.....	62
1.3 Tríade artes-memória coletiva-fluxo de saberes/ fazeres/viveres e transtemporalidade.....	82
1.4 Direitos culturais nas dimensões de direitos fundamentais	92
1.5 Princípios dos direitos culturais na Constituição Federal de 1988	113
1.6 As dimensões do (direito ao) patrimônio cultural.....	124
1.7 Quem são os sujeitos do direito cultural coletivo ao patrimônio cultural imaterial: indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como grupos formadores da sociedade brasileira.....	142
2 HISTÓRIA DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO: O LUGAR DO IMATERIAL	167
2.1 A proteção do patrimônio cultural no Brasil: um histórico de ausências do imaterial.....	169
2.2 O Anteprojeto Macunaímico de Mário de Andrade e a cultura popular	182
2.3 Aloisio Magalhães e o “triunfo” das culturas e referências populares.....	200
2.4 A cultura popular e o folclore sob as lentes da propriedade intelectual.....	211
2.5 A Carta de Fortaleza de 1997: direcionamentos para regulamentação do Registro.....	223
3 O REGISTRO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL.....	229
3.1 A Comissão e o Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial e a formatação do Decreto nº 3.551/2000.....	229
3.2 Adequação ou inadequação da figura normativa do Decreto para o Registro do PCI: o princípio de juridicidade na concretização constitucional do patrimônio cultural.....	251
3.3 O processo do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial do Decreto nº 3.551/2000.....	267
3.3.1 <i>Os requisitos materiais da continuidade histórica e da relevância nacional.....</i>	<i>285</i>

3.3.2 <i>Princípios do Registro: mínima intervenção e participação popular</i>	294
3.4 Efeitos jurídicos do Registro	314
3.4.1 <i>Efeitos Imediatos Explícitos Declaratórios</i>	318
3.4.2 <i>Efeitos Mediatos Implícitos Constitutivos</i>	336
4 OS USOS DO REGISTRO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL PARA RECONHECIMENTO DE DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS: O QUE DIZEM OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DO IPHAN	349
4.1 Aspectos gerais dos processos administrativos do Registro do PCI – Guia de análise	352
4.2 As disputas no Livro das Formas de Expressão	376
4.2.1 <i>O caso da apropriação indevida da Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi</i>	376
4.2.1.1 Os direitos autorais modernos e a Portaria da FUNAI sobre direitos autorais indígenas como solução	387
4.2.1.2 <i>Jurisprudência: as expressões tradicionais e o domínio público</i>	401
4.2.2 <i>O caso do Samba de Roda do Recôncavo e a repatriação de acervos</i>	404
4.3 As disputas no Livro dos Saberes	410
4.3.1 <i>A propriedade intelectual contra o patrimônio cultural imaterial: o caso da Viola-de-Cocho</i>	410
4.3.2 <i>O caso do Ofício das Baianas de Acarajé</i>	418
4.3.3 <i>O caso da Produção Tradicional e das Práticas Socioculturais associadas à Cajuína do Piauí e o Refrigerante de Caju</i>	427
4.4 Antropofagia da propriedade intelectual: os bens culturais imateriais registrados no INPI	433
4.4.1 <i>O caso do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras</i>	455
4.4.2 <i>O caso do Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas</i>	458
CONCLUSÃO	465
REFERÊNCIAS	473

INTRODUÇÃO

A centralidade da cultura no mundo contemporâneo explica-se, dentre outras razões, pela importância social, valorativa e econômica que certos elementos seus possuem na vida em sociedade ou mesmo para o sistema econômico. Conhecimentos, saberes, informações, expressões, obras intelectuais, invenções, inovações, tecnologias, bens, conteúdos, atividades e serviços culturais são representativos do aspecto intangível, imaterial, dos processos de formação, produção e reprodução cultural dos seres humanos.

Um ou outro aspecto mais evidente faz com que cientistas sociais procurem classificá-la de acordo com a preponderância de suas razões teóricas na observação das sociedades atuais. Assim, por exemplo, fazem Manual Castells (2011), com os conceitos de sociedade da informação e sociedade informacional para designar o papel crucial que a informação desempenha nas sociedades atuais, no primeiro caso, e, no segundo, para acentuar a informação como insumo da produtividade e das inovações tecnológicas, ou André Gorz (2005, p. 59), para quem o atual estágio do sistema econômico permite afirmar que se está diante de um capitalismo do conhecimento no qual há abundância do capital intelectual humano transformado em escassez artificial pela apropriação monopolística e exclusivista dos saberes. O mesmo ocorre com os termos economia criativa, economia do conhecimento, sociedade do conhecimento, sociedade da inovação etc.

Em quaisquer casos, percebe-se que, tanto no aspecto da produção da riqueza, quanto no mundo da vida, esses elementos são associados a uma característica comum: a imaterialidade. Os componentes intangíveis da cultura não se restringem ou se circunscrevem a valores simbólicos ou sistema de significados, mas podem igualmente aludir à categoria de bens jurídicos que também possuem funcionalidade econômica aplicada a outras searas que não necessariamente a do desenvolvimento humano em seu sentido espiritual. Nesse caminho, a imaterialidade se transforma em mercadoria, objeto de pecúnia, criando-se alterações em valores de uso e troca comumente adotados em práticas cotidianas e sistemas de significações que extrapolam os interesses de mercado. Vezes se transfigura em monopólio na forma de propriedade individual de alguém, ainda que tenha por base ou origem bens coletivos ou comuns.

Apesar de frequentemente ser ressaltada a imaterialidade no âmbito das transformações e mudanças tecnológicas, ela é foco de uma categoria de bens jurídicos cujo interesse reside na sua importância para definição da identidade, resguardo da memória, manutenção da

solidariedade e responsabilidade entre gerações para transmissão dos valores e saberes que portam, e continuidade da existência histórica e da sobrevivência material de comunidades, grupos e indivíduos. É o chamado patrimônio cultural imaterial (PCI).

Essa dimensão do patrimônio cultural é alvo de conflitos e disputas entre aqueles para os quais seus bens são referências culturais para que se institua uma identidade cultural e uma memória coletiva, fonte de subsistência comunitária, e aqueles que os veem como potencialidades de um valor monetizado em formato de produto. Contudo, esse desequilíbrio gravitacional em torno dos bens culturais imateriais nem sempre ocorreu, é fruto do pós-Segunda Guerra, de duas consequências contraditórias da valorização do imaterial: aumento da visibilidade do PCI de grupos humanos e crescente interesse sobre usos e exploração desses bens.

Particularmente, a ampliação da noção de patrimônio cultural está associada ao ingresso de novos tipos de bens culturais e valores de sujeitos historicamente excluídos ou negados nos processos de patrimonialização. Sabe-se que os Estados nacionais modernos na formação de sua identidade catalogavam como bens merecedores de proteção estatal os integrantes do patrimônio cultural material: monumentos, imóveis, coleções, que, pelos critérios de valorização, simbolicamente representavam singularidade e excepcionalidade e se reportavam culturalmente às elites políticas, à aristocracia, à classe burguesa ou aos intelectuais.

Portanto, o que se concebe hoje como patrimônio cultural imaterial era associado à cultura popular, às expressões, aos conhecimentos e às técnicas das classes sociais trabalhadoras, de grupos minoritários no interior dos Estados nacionais, de povos colonizados ou escravizados ou de suas descendências, de grupos étnicos e tradicionais que viviam à margem da garantia dos direitos de cidadania e de outros direitos humanos. Não havia qualquer interesse maior manifesto nesses bens porque eram invisibilizados pela desigualdade, pelo racismo, pela discriminação e pela eliminação física dos sujeitos responsáveis por sua transmissão e continuidade. Assim, também, não havia sobre eles qualquer interesse econômico dos atores do mercado, senão pelas marcas do exotismo.

Após a Segunda Guerra, com o fim do colonialismo em muitos países, a universalização dos direitos humanos, as lutas e as reivindicações de direitos de liberdade, econômicos, sociais e culturais e de solidariedade, como o direito ao próprio patrimônio cultural, esses povos, grupos e comunidades tradicionais começaram a demandar a mesma dignidade e isonomia na garantia de salvaguarda de seus bens culturais,

em sua maior parte marcados pela oralidade, por expressões e conhecimentos tradicionais mobilizados temporalmente; começaram a exigir do Estado o mesmo estatuto de proteção conferido aos bens culturais materiais dos segmentos sociais majoritários e hegemônicos. Demandaram, portanto, o reconhecimento e a valorização de seus bens culturais, bem como a atribuição de seus direitos sobre eles. Contraditoriamente, a maior visibilidade desses bens de natureza processual, viva, dinâmica e mutável, representou, com a crescente intangibilidade do sistema econômico, um maior interesse na sua apropriação privada.

Dessa feita, a ampliação da noção de patrimônio cultural é, em grande medida, decorrente do reconhecimento e da defesa de direitos culturais (FONSECA, 2005, p. 70). No âmbito constitucional brasileiro, a expressão “direitos culturais”, compreendida como direitos fundamentais de todos, aparece pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 juntamente com a dimensão imaterial do patrimônio cultural evidenciada.

Esse marco normativo é uma guinada histórica no processo de patrimonialização dos bens culturais reconhecidos pelo Estado, muito em decorrência da cidadania ativa que protagonizou a Assembleia Nacional Constituinte, incluindo os valores de sujeitos coletivos como referências culturais integrantes do patrimônio cultural material e imaterial brasileiro. Povos indígenas, quilombolas, grupos afrodescendentes, comunidades tradicionais, cientistas sociais, folcloristas, organizações não-governamentais, órgãos de proteção e preservação do patrimônio garantiram a inserção dos direitos culturais no texto constitucional como resultado do reconhecimento do pluralismo e da diversidade cultural brasileira.

A Constituição Federal de 1988 é considerada Constituição Cultural, inauguradora de um Estado Sociocultural Democrático de Direito, por possuir conjunto de normas, princípios, direitos, diretrizes político-programáticas e garantias, relacionado ao âmbito autônomo da área da cultura, que, juntamente com os âmbitos ambiental, político, social e econômico, aliados à democracia, qualificam o Estado brasileiro (MORENO, 2003, p. 137-152). Em outro sentido, o desenvolvimento social e humano dos cidadãos e dos grupos formadores da sociedade brasileira está assentado na difusão da cultura enquanto fator de fortalecimento democrático.

No artigo 216 da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se a indivisibilidade entre as dimensões material e imaterial do patrimônio (BARBOSA, 2015, p. 82). Assim também, seus bens culturais integrantes

são os portadores de referência cultural à memória, à ação e à identidade de quaisquer dos grupos formadores da sociedade brasileira. Além da ampliação da noção de patrimônio cultural, com a inclusão dos bens culturais de natureza imaterial, ampliaram-se igualmente os mecanismos e instrumentos previstos para sua proteção, quais sejam inventários, registros, vigilância e outras formas de acautelamento e preservação (§ 1º do artigo 216), transcendendo a figura do tombamento, exigindo-se a colaboração da comunidade com o Estado na sua proteção. A previsão de um maior número de instrumentos corresponde à ideia basilar de que, a depender da natureza do bem, exige-se um mecanismo ou instrumento adequado.

No caso do patrimônio cultural imaterial, esse instrumento corresponde ao Registro dos bens culturais de natureza imaterial. Porém, a regulamentação do instituto só adveio mais de dez anos após a promulgação da Constituição de 1988, com a edição do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, que disciplinou diretamente o mecanismo prescrito § 1º no art. 216, e criou o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI. Atualmente, segundo o Banco de Dados de Bens Culturais Imateriais Registrados, até o fechamento desta tese, o Brasil possui 40 bens registrados, e cerca de 20 em processo de reconhecimento.

Após mais de quinze anos de vigência e prática do Registro, são poucos ou quase inexistentes as pesquisas jurídicas, trabalhos acadêmicos de todos os níveis do ensino superior do Direito no Brasil, e referências bibliográficas da ciência jurídica a seu respeito. Em sua maior parte, as teses, dissertações, e monografias sobre o mecanismo são oriundas da antropologia social, da história, da sociologia, quando não produzidas por servidores da autarquia federal de proteção do patrimônio cultural no Brasil, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Ainda assim, privilegiam estudos de caso de bens culturais imateriais registrados ou a prática administrativa das ações e políticas de salvaguarda do IPHAN.

As inquietações sobre os efeitos e as lacunas do Decreto nº 3.551/2000 acompanham as pesquisas que se desenvolveram desde a graduação em Direito na Universidade de Fortaleza, principalmente sobre as relações de proximidade e as diferenças entre o Registro e o Tombamento. No aspecto social, viu-se que em Estados e Municípios que replicavam a norma federal para salvaguarda de seus bens imateriais defensores do patrimônio cultural enfrentavam situações jurídicas nas quais acreditavam que o Registro teria efeitos limitadores semelhantes ao tombamento, porém os entes federados sempre arguíam em sua defesa a ideia de que o mecanismo apenas criava obrigações de reconhecimento e

fomento aos órgãos culturais, nada podendo fazer em relação às violações que sempre demandavam dos poderes locais muito mais do que financiar ações e projetos de salvaguarda.

Além disso, muitas vezes, a formulação de análises jurídicas sobre o Registro circunscreve-se à descrição de seus procedimentos ou à identificação da natureza do seu objeto de proteção, ignorando as problemáticas sobre os efeitos decorrentes de sua aplicação. Isso porque, embora concebido como mecanismo declaratório de reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial, desde a sua concepção estabeleceu-se certa confusão acerca dos seus efeitos jurídicos entre o IPHAN e os atores sociais que viriam posteriormente a ter suas práticas, lugares, expressões e conhecimentos tradicionais declarados e titulados como pertencentes ao patrimônio cultural brasileiro, denominados detentores.

Entende-se por detentores o universo heterogêneo de comunidades, grupos, povos e indivíduos que, historicamente, ao longo de gerações, possuem uma relação direta com o bem cultural imaterial registrado, para quem é referência cultural, mobilizando, acionando e transmitindo conhecimentos específicos na dinâmica de formação, produção e reprodução cultural do PCI (VIANNA *et al.*, 2014, p. 9; SAMBUC, 2003, p. 44). Além dos bens culturais imateriais, inevitavelmente, o Registro reconhece seus detentores não apenas como sujeitos para quem o patrimônio é referente, mas como sujeitos de direito ao próprio patrimônio cultural. Em regra, sua conformação e organização social são coletivas e indivisíveis. A eles são atribuíveis direitos fundamentais de natureza coletiva, como certas espécies de direitos culturais.

Essa visão desafia o sujeito de direito da modernidade, no qual o indivíduo geral, universal e abstrato possui centralidade no sistema jurídico, mormente em sua relação com coisas, bens jurídicos, em condições de igualdade formal, abstraído das situações factuais, econômicas e culturais, potencialmente proprietário. Pois, de outra forma, possuem formas particulares de se relacionarem com os bens culturais imateriais, de acordo com suas próprias representações, usos e modos de vida, em lógica distinta do sujeito de direito moderno individual e proprietário (SHIRAISHI NETO; DANTAS, 2008 p. 124-125).

Esses sujeitos de direitos coletivos, detentores do patrimônio cultural imaterial, de modo geral, adotam, ao lado ou apesar do direito estatal, um direito costumeiro que, por definição, são normas sociais cimentadas em sua cosmovisão, integradas pela dimensão econômica, social, cultural e espiritual da sua organização social (SAMBUC, 2003,

p. 47). Trata-se dos direitos consuetudinários de sujeitos coletivos oprimidos cujas reivindicações por reconhecimento são resistências frente às culturas e padrões homogeneizantes (BENSAID, 2017, p. 63).

Os detentores alimentaram com o Registro a expectativa de que o instrumento fosse constitutivo de direitos sobre os bens, não apenas limitado à declaração de reconhecimento e valorização do bem cultural imaterial. Essa ótica se potencializou na prática das ações e planos de salvaguarda pós-Registro, mas permeia a história de sua formulação pelo Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial e pela Comissão do Ministério da Cultura, ao final da década de 1990, em que surgiram propostas de que o mecanismo constituísse direitos intelectuais coletivos sobre os bens culturais imateriais registrados, especialmente expressões e conhecimentos tradicionais.

Na acepção aqui empregada, por direitos intelectuais coletivos compreendem-se aqueles de titularidade coletiva, indivisíveis, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis, dos detentores sobre bens culturais imateriais registrados sob formas de expressão e modos de saber-fazer, conhecimentos tradicionais, associados ou não a bens materiais, produtos e resultados de suas dinâmicas, exercidos de acordo com as regras do seu direito costumeiro, cuja violação representa danos coletivos (SAMBUC, 2003, p. 203). Apesar de não existir legislação própria com essa proteção, a definição não elimina essa necessidade². Outra coisa distinta, é o que se denomina de propriedade intelectual convencional (PI), monopólios na forma de direitos relativos, eventualmente de titularidade individual, conforme a Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual,

[...] às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos

² Adverte-se, desde já, que não se está tratando dos sistemas *sui generis* de proteção a conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético e à biodiversidade, disciplinados pela Convenção da Diversidade Biológica e pelo seu suplemento o Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios decorrentes da sua utilização, tampouco da Lei brasileira nº 13.123, de 20 de maio de 2015 que regulamenta a Convenção, pois este não é o objetivo da tese. Assim também, não se pretende estabelecer qualquer método comparativo entre o Registro e o sistema *sui generis* adotado pelo país, pois o foco central do trabalho são os efeitos jurídicos do mecanismo de reconhecimento do PCI como instrumento de proteção de direitos intelectuais coletivos decorrentes desses bens culturais imateriais declarados.

fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Diferencia-se uma terminologia da outra para designar os direitos intelectuais coletivos, como aqueles *a priori* não protegidos pela propriedade intelectual moderna. Isso não aparta a possibilidade que os detentores têm de utilizar os instrumentos da PI para proteger seus bens intelectuais coletivos, como de fato acontece no Registro, com a sobreposição do mecanismo de reconhecimento a indicações geográficas e marcas coletivas para fortalecimento da proteção de produtos e resultados de modos de saber-fazer registrados como bens culturais imateriais. No próprio histórico da construção do Registro, falava-se em propriedade intelectual coletiva. Porém, não será em todo caso que esse uso será adequado; é o choque, por exemplo, que há entre expressões culturais tradicionais e os direitos autorais³, com a reprodução do falso axioma de que expressões do folclore ou manifestações artísticas populares estariam em domínio público⁴ (FRAGOSO, 2009, p. 337).

Apesar de o IPHAN, após o início da vigência do Decreto e durante a aplicação do instrumento, ratificar sua posição final de que os efeitos jurídicos do Registro eram apenas declaratórios, de reconhecimento, valorização, com fins de promover apoios e fomentos para a transmissão e continuidade do bem, isso não foi suficiente para demover os detentores de utilizar o Registro como certificador de seus direitos coletivos sobre o PCI. Isso porque interpretam a titulação e a certificação do PCI como limitadores de apropriações indevidas sobre os bens culturais imateriais,

³ Utilizar-se-á indistintamente as expressões *direitos autorais* e *direitos de autor* para se referir a proteção conferida a obras intelectuais, inclusive direitos conexos, presente na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

⁴ Enquanto há essa referência constante às expressões culturais tradicionais em domínio público, o artigo 45, inciso II, da Lei de Direitos Autorais, que trata das obras caídas em domínio público, faz ressalva à proteção dos conhecimentos étnicos e tradicionais, mas sem mencionar que proteção seria essa: Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, **ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais**” (Grifou-se em negrito).

isto é, usos e explorações por eles não autorizados, bem como danos, lesões ou ameaças que comprometem a sua continuidade e a transmissão intergeracional. Por outro lado, acreditam que a Constituição Federal de 1988 outorgou-lhes a titularidade coletiva dos bens culturais imateriais reconhecidos formalmente.

A visibilidade nacional ocasionada pela salvaguarda do Registro permitiu que criações, expressões e saberes tradicionais desses coletivos fossem apropriados por terceiros, empresas ou indivíduos, estranhos à dinâmica processual dos bens culturais imateriais e seus produtos, resultados ou objetos associados, gerando conseqüentemente choque de interesses entre aqueles que tiveram suas práticas e expressões registradas e os atores do mercado. Diante dessas situações, o IPHAN obrigou-se a modificar sua interpretação dos efeitos do Registro, agindo em alguns casos como mediador desses conflitos, em outros intercedendo a favor dos direitos culturais dos detentores.

Dessa maneira, tem-se por efeitos a concepção sociojurídica do fenômeno (SABADELL, 2013, p. 61), ou seja, a repercussão social do Registro para os detentores, o IPHAN e terceiros interessados na apropriação dos bens culturais imateriais, que excede a eficácia normativa imediata do reconhecimento e da valorização do PCI, bem como da política de salvaguarda engendrada posteriormente ao Registro. Assim, a partir da constatação da existência desses litígios, questiona-se se o Registro possui efeitos constitutivos para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, decorrentes da interpretação e uso do ato declaratório do Registro pelos detentores.

A hipótese é de que, além dos *efeitos imediatos explícitos declaratórios* previstos no Decreto nº 3.551/2000, o Registro possui *efeitos mediatos implícitos constitutivos* alicerçados nos usos inventivos, protetivos, defensivos e preventivos do mecanismo pelos detentores contra os interesses de apropriação por terceiros e as ingerências nos bens até do próprio Estado, a fim de manter e continuar as práticas e as atividades a eles relacionadas. A regulamentação do Registro foi o passo jurídico decisivo para que os detentores garantissem direitos intelectuais coletivos. Ademais, o instrumento reforçou o fundamento da salvaguarda constitucional do PCI complementada pelas convenções internacionais que versam sobre direitos dessas coletividades e sobre bens culturais imateriais. Nesse sentido, da garantia do direito ao patrimônio cultural imaterial se originam direitos intelectuais coletivos.

Dessa maneira, a presente tese teve como objetivo principal analisar os efeitos sociojurídicos do mecanismo do Registro para fins de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, quer fossem

decorrentes de seu direito consuetudinário, ou oriundos do uso de instrumentos da propriedade intelectual convencional (PI), como as indicações geográficas e as marcas coletivas, para se sobrepor ao instrumento de reconhecimento, conferindo dupla proteção.

Existem razões jurídicas para o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos dos detentores, dentre as quais a exigência de tratamento igualitário e isonômico da proteção de suas expressões e conhecimentos tradicionais frente à proteção legislativa igualmente concedida aos objetos jurídicos da propriedade intelectual convencional às criações intelectuais dos demais membros da sociedade, além da exigibilidade do respeito aos direitos culturais de povos, grupos e comunidades tradicionais. Como razões de fato, os processos administrativos que documentam o sequenciamento concatenado dos atos e procedimentos normativos do Registro, com vistas à obtenção do ato declaratório final de titulação e reconhecimento do bem cultural imaterial, e com a conseqüente inscrição em um dos Livros do instrumento, fontes onde ficam registradas as trajetórias de identificação, valorização, apoio e fomento do bem, demonstram que os conflitos entre detentores e terceiros ampliaram os efeitos inicialmente previstos para o mecanismo.

Assim sendo, metodologicamente, procedeu-se a análise documental de processos administrativos de doze bens registrados como patrimônio cultural imaterial pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, selecionados no Livro das Formas de Expressão e no Livro dos Saberes, bem como documentos posteriores relacionados aos conflitos entre detentores dos bens culturais e terceiros interessados em seus usos privados ou comerciais. Para tanto, foram fundamentais as informações obtidas a partir dos dossiês do IPHAN formatados para organização, sistematização, difusão, documentação escrita e audiovisual, elaboração de diretrizes, recomendações, ações e planos de salvaguarda acerca desses bens, bem como a partir dos pedidos de Registro, dos pareceres técnicos do Departamento de Patrimônio Imaterial do IPHAN, dos pareceres da Procuradoria Jurídica da mencionada autarquia federal, dos pareceres conclusivos do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, e de notícias jornalísticas e demais documentos anexos aos processos que concorressem para a demonstração de que os efeitos do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial não se circunscrevem apenas ao ato declaratório de inseri-lo formalmente no rol de bens culturais brasileiros, com a obrigação da criação de uma política de salvaguarda. Assim, através de seus usos é possível o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, tais quais de atribuição e contrário à apropriação indevida.

Selecionaram-se os bens culturais imateriais registrados a partir de amostragem baseada nas notícias que se tinha de litígios envolvendo detentores e terceiros. Porém, somente alguns bens registrados apresentaram casos relevantes atinentes a direitos intelectuais. Optou-se por se restringir aos Livros das Formas de Expressão e dos Saberes, porque os bens culturais imateriais assim classificados aproximam-se do objeto da tutela jurídica da PI tradicional.

Com esta finalidade, visitou-se o Departamento de Patrimônio Imaterial do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, em Brasília, para acessar os processos administrativos relacionados ao Registro como patrimônio cultural imaterial dos seguintes bens culturais, separados por Livros: 1) Livro das Formas de Expressão (Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi; Carimbó; Rtixòkò: Expressão Artística e Cosmológica do Povo Karajá; e Samba de Roda do Recôncavo Baiano); e 2) Livro de Registro dos Saberes (Ofício das Paneleiras de Goiabeiras, Modo de Fazer Viola-de-Cocho, Ofício das Baianas de Acarajé, Modo artesanal de fazer Queijo de Minas, nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre, Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE, Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro, Saberes e Práticas Associados ao modo de fazer Bonecas Karajá, Produção Artesanal e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí). Além disso, auxiliou-se suplementarmente do Banco de Dados de Bens Culturais Registrados e das publicações dos Dossiês finais em que se sintetizava o histórico do Registro de cada um, e pôde-se apreender as recomendações de salvaguarda.

Nos bens registrados em que foram detectados conflitos, obteve-se também, junto ao IPHAN, pedidos de providências jurídicas de detentores de saberes para intervirem em casos nos quais empresas se apropriaram ou modificaram seus conhecimentos tradicionais. Além disso, em alguns casos, os processos referentes ao Registro foram complementados por outros de igual de natureza, que versavam sobre assuntos e matérias decorrentes do ato de reconhecimento.

Os processos administrativos permitem saber que elementos essenciais justificaram a salvaguarda por meio do Registro, quais os detentores responsáveis por sua transmissão e continuidade, a localização geográfica da referência cultural, as expectativas reais e aparentes dos legitimados, e qual a participação de colaboradores, apoiadores e parceiros no requerimento e na política de apoio e fomento, assim como mensura as compreensões do IPHAN sobre os procedimentos em si e sua posição acerca dos pedidos. Em relação aos conflitos, os documentos

forneem a identificação de seus protagonistas, o objeto da disputa, os direitos reivindicados pelos detentores, a atuação do IPHAN e o término de cada querela.

Tratou-se, portanto, de investigação qualitativa na qual se interpretou os dados obtidos no levantamento documental, complementado por outras análises sociojurídicas ou da antropologia social. Na análise dos processos, primeiramente aplicou-se o método do *casting nets* para buscar padrões de correspondências entre eles e verificar a interpretação do IPHAN sobre os efeitos do Registro, assim como a existência de conflitos entre detentores e terceiros que se apropriaram de expressões e conhecimentos registrados, com a finalidade de compreender a interpretação dada pelos próprios sujeitos coletivos ao instrumento. É certo que se apresentaram litígios de ordem ambiental e sanitária, referentes à organização do espaço urbano, atinentes à memória e à identidade e acerca de direitos intelectuais, em que é possível averiguar os *efeitos implícitos* do Registro, porém manteve-se o recorte dos casos aos episódios-chave sobre direitos intelectuais coletivos e propriedade intelectual convencional.

Apesar do princípio de singularidade de cada bem cultural imaterial registrado analisado, não se desenvolveu estudo de caso intrínseco (STAKE, 2016, p. 52) no qual há interesse intensivo e desenvolvimento extenso das particularidades de uma parte ou de todo um caso único. Preferiu-se adotar postura compreensiva das relações de cada caso com o conjunto analisado, com descrições explicativas sobre os elementos essenciais buscados descritos acima e anomalias imprevistas nos procedimentos do Registro. Isso porque “os casos raramente existem isoladamente. Se existe um caso, certamente outros existem algures. Temos simultaneamente um interesse específico e um interesse geral” (STAKE, 2016, p. 80).

Por isso, há uma liberdade interpretativa na pesquisa. Muito embora se tenha buscado realizar descrições densas, isto é, enunciar “as percepções particulares dos atores” em uma “representação verídica” (STAKE, 2016, p. 57), a análise não deixa de ter reflexões subjetivas advindas da investigação, porém não se despem da necessidade de compreender os processos administrativos do Registro no contexto e na situacionalidade de cada bem cultural imaterial. Buscou-se dessa maneira, através da interpretação direta nos documentos, agregar circunstâncias, críticas e sugestões, e depreender conclusões que pudessem servir pontualmente de proposições para o emprego do mecanismo ou para futuras alterações legislativas.

A análise documental de fontes primárias da história da proteção do patrimônio cultural, como os primeiros projetos de lei sobre classificação, catalogação e tombamento de bens culturais materiais, e os primórdios da tentativa de inclusão da cultura popular na política de preservação do Estado, bem como das atas do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial e da Comissão do MinC encarregados de formular legalmente o mecanismo do Registro, e das versões que o regulamento possuiu, igualmente foi preponderante na compreensão dos efeitos do instrumento de reconhecimento. Primeiro, porque se puderam realizar, pontualmente, comparações com os efeitos do mecanismo do tombamento, e segundo, em razão das discussões e escolhas políticas da inclusão e exclusão de dispositivos e proposições que provavelmente atenderiam as demandas hodiernas dos detentores do PCI, como as relativas aos direitos intelectuais coletivos sobre os bens culturais imateriais registrados.

Além disso, no acesso aos processos acima mencionados, é possível identificar uma quantidade significativa de bens culturais imateriais cuja instrução do registro foi utilizada como parâmetro da concessão de algumas indicações de procedência, ou o registro foi fundamental para incentivar a deflagração do pedido de indicação geográfica, tal e qual levantado na hipótese de que, neste instrumento de proteção jurídica do patrimônio cultural, há a presença de efeitos jurídicos em face de direitos intelectuais que vão para além do meramente declaratório de referência cultural.

Nesse sentido, entrou-se em contato com a Coordenadoria Geral de Indicações Geográficas e Registros do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que ratificou a investigação. Tanto a IG ajuda na reavaliação pelo IPHAN da renovação do registro, como a declaração enquanto bem cultural imaterial brasileiro é suporte para reconhecimento de um saber enquanto IG. Por esse motivo, obteve-se acesso direto aos processos administrativos de concessão de indicação de procedência que envolvem patrimônio cultural imaterial, para que se pudesse realizar a análise dos casos nos quais houve sobreposição do Registro de instrumentos convencionais da propriedade intelectual.

De toda forma, os documentos apenas registram parcela da realidade, representam atores e discursos; toda nova pesquisa sobre eles está sujeita à realização de novas interpretações, classificações e reelaborações, com outros objetivos e finalidades (DIANOVSKY, 2013, p. 23). Ainda sobre as técnicas de pesquisa, aliada à pesquisa documental em processos, utilizou-se de referências bibliográficas especialmente sobre direitos culturais, o Registro, o patrimônio cultural material e

imaterial e a propriedade intelectual, mas também versando sobre aspectos de assuntos tangenciais à tese. Assim, consultaram-se artigos, livros, capítulos de livro, teses, dissertações, trabalhos monográficos, publicações avulsas, projetos de lei, cartilhas, espécies normativas, jurisprudência, relatórios do Poder Público e normas internacionais.

Além do *corpus* documental descrito, por ser de tipo jurídico-compreensiva/interpretativa (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 28-29), decompôs-se a tese em camadas gerais e específicas que resultaram na divisão da estrutura do trabalho em quatro grandes partes. Por isso, os dois primeiros capítulos centram-se em aspectos teóricos panorâmico-gerais dos direitos culturais, e do direito ao patrimônio cultural como uma de suas espécies das quais o Registro é instrumento e garantia concretizadora, bem como na história da política de preservação dos bens culturais no Brasil. De maneira particular, os dois últimos capítulos dedicam-se exclusivamente ao Registro, sendo que o último analisa os casos conflituosos entre terceiros apropriadores dos bens culturais imateriais e detentores do PCI, assim como as estratégias propositivas e preventivas de sua associação com a PI.

Daí porque a estrutura interna do trabalho acaba por trilhar um duplo movimento de raciocínios: dedutivo inicialmente, para explicar o que e quais são direitos culturais na Constituição Federal de 1988, quem são seus sujeitos de direito, e da análise normativa do instituto, e indutivo em um segundo momento, pois se auxiliou da base documental dos processos administrativos do Registro de doze bens culturais imateriais para demonstrar que seus efeitos são mais que declaratórios.

No primeiro capítulo, tem-se como premissa que o direito ao patrimônio cultural imaterial é uma espécie dos direitos culturais. Então, seu objetivo específico, a partir da análise constitucional e de convenções internacionais de direitos humanos, é identificar o que são e quais são os direitos culturais, a fim de perscrutar esse campo autônomo da ciência jurídica, inferindo seus princípios norteadores que se aplicam ao patrimônio cultural. Assim, tem-se que o patrimônio cultural é indivisível em suas dimensões, mas que cada qual possui instrumentos adequados para sua proteção de acordo com a natureza dos bens culturais que a integram. Esses mecanismos e instrumentos, dos quais fazem parte o Registro, declaram oficialmente que um determinado bem é portador de interesse público, nascendo um direito de titularidade difusa para toda sociedade, mas, por outro lado, em função da referência cultural imediata estar associada a detentores coletivos, também se constitui um direito de titularidade coletiva sobre o qual esses sujeitos exercem algum tipo de controle. Dessa feita, procurou-se identificar esses sujeitos coletivos de

direitos na legislação nacional sobre povos e comunidades tradicionais e nas convenções internacionais.

Este primeiro capítulo é um *continuum*, em grande medida, de uma série de reflexões empreendidas desde a graduação e o mestrado em Direito Constitucional, na Universidade de Fortaleza, sobre os direitos culturais, prosseguida no âmbito do doutorado em Direito da UFSC. Há o intuito de expor o marco de conformação conceitual da tese sem a pretensão de, exaustivamente, percorrer as ou recorrer às diversas correntes e engajamentos teóricos que se debruçaram sobre as definições normativas ou conceitos empregados, no direito constitucional brasileiro ou no direito internacional, para os termos cultura e/ou direitos culturais, pois já principia, como ponto de partida e chegada, com a teoria dos direitos culturais de Francisco Humberto Cunha Filho (2000; 2004), seja para atualizá-la, criticá-la, confrontá-la ou fixar, implícita ou explicitamente, seus limites. Esta parte espelha tratativas anteriores em *A dimensão constitucional do patrimônio cultural: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais* (COSTA, 2011) e *Esses desconhecidos, os direitos culturais: reflexos dos 25 anos da Constituição Federal de 1988 na cultura* (COSTA, 2014), mas também as aprofunda, acrescentando dados novos e originais e abandonando outros.

No segundo capítulo, há o objetivo de situar o lugar do patrimônio cultural imaterial na história da proteção legal do patrimônio, sem a qual não se podem compreender os motivos do surgimento do Registro. Vê-se, nos antecedentes, que apesar das propostas inovadoras de Mário de Andrade, na proposta de confecção do Decreto-Lei nº 25/37, e de Aloisio Magalhães com seus bens culturais de natureza dinâmica, em dedicar atenção especial às culturas populares, o patrimônio cultural imaterial só será objeto de atenção do Poder Público, não obstante os reclames sociais mesmo antes da democratização do país, após a Constituição Federal de 1988. Contudo, no plano internacional, desde a década de 1970, organismos internacionais como a OMPI e a UNESCO ensaiaram aproximações entre expressões e conhecimentos da cultura popular com os direitos de propriedade intelectual, porém não há ainda qualquer convenção da seara da PI que verse exclusivamente sobre proteção desses tipos de bens culturais materiais. No Seminário da Carta de Fortaleza, em 1997, é que se decidiu formular e criar um mecanismo de proteção do PCI, o Registro.

Em continuação ao aspecto histórico em que se desdobrou o segundo capítulo, o terceiro inicialmente expõe o trabalho do GTPI e da Comissão do Ministério da Cultura para demonstrar que, no seu embrião,

o Registro admitiu a possibilidade de abrigar expressamente efeitos constitutivos para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos. Contudo, como havia receio de que o instrumento demorasse a ser aprovado e entrasse em vigor em razão do dissenso sobre a matéria, excluiram-se de seu texto dispositivos das primeiras versões que conferiam à titulação e à certificação efeitos constitutivos. Por isso, escolheu-se para abrigar o Registro o tipo normativo do decreto presidencial regulamentar.

Em virtude disso, haveria outro fundamento, de natureza formal, para afirmar que o Registro se circunscreveria aos efeitos de reconhecimento, visibilidade e valorização do bem cultural imaterial. Dessa feita, analisou-se então, no mesmo capítulo, a adequabilidade do Decreto, concluindo-se que o formalismo desse debate não resiste à funcionalidade que o mecanismo desempenha na máxima efetivação do direito ao patrimônio cultural. Posteriormente, adentrou-se no processo do Registro propriamente dito, no qual se buscou situá-lo dentro da arquitetura do Programa Nacional de Patrimônio Imaterial, elucidando as etapas de instrução e decisão, ressaltando-se sua função primária de reconhecimento, auxiliada pela metodologia do Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC na fase anterior de identificação dos bens, e seguida pelas Ações e pelos Planos de Salvaguarda, que desempenham a função de apoio e fomento aos bens culturais imateriais, além de descrever o processo de revalidação do Registro.

Para que o denominado bem cultural de natureza imaterial possa ser registrado, além da observância das condições formais do processo, o patrimônio deve atender a dois requisitos materiais essenciais: o da continuidade histórica e o da relevância nacional. Em relação a este último, não há consenso sobre se ele nasceria do reconhecimento em si, ou se é condição pretérita, pois muitos bens registrados *a priori* possuem referências culturais regionais ou locais. Há, juntamente com os requisitos materiais, dois princípios no Registro: o da mínima intervenção e o da participação.

O primeiro afasta qualquer ingerência estatal no bem que não seja para protegê-lo de danos, ameaças, lesões. Assim também orienta o Estado a defender os direitos dos detentores, e garante a sua autodeterminação na gestão compartilhada dos processos de produção, reprodução e formação dos bens culturais imateriais. Já o segundo orienta a aferição da legitimidade das partes na requisição do registro, a exigência de anuência prévia consentida expressa e livremente das comunidades, povos indígenas e grupos para assentimento do Registro do bem cultural imaterial, bem como indica caminhos para adoção de meios de consulta

que envolvam não apenas os detentores na fase decisória, mas igualmente outros membros da sociedade interessados na proteção do bem.

Após isso, delineararam-se os efeitos do Registro, diferenciando seus *efeitos imediatos explícitos declaratórios* e os *efeitos mediatos implícitos constitutivos*. Quanto aos primeiros, estão, conforme a classificação, expressos no próprio Decreto nº 3.551/2000, quais sejam a documentação permanente de dados sobre o bem imaterial registrado e a obrigação do Poder Público de apoiá-lo e fomentá-lo. Depreende-se do último como dever estatal a modelagem jurídica do PNPI dos Planos de Salvaguarda, por meio de um Termo de Referência Cultural em que é patente em seus eixos de ação a preocupação com a atenção à propriedade intelectual e aos direitos coletivos, no sentido de subsidiar ações de orientação dos mecanismos usuais da PI e monitorar, através de indicadores, conflitos, ações judiciais e medidas administrativas de bens culturais imateriais em situação de ameaça.

Por outro lado, averiguou-se que os *efeitos mediados implícitos constitutivos* evidenciam-se em situações de disputas jurídicas entre os detentores e terceiros que se apropriam indevidamente dos bens culturais imateriais, nas quais, expostas suas vulnerabilidades, detentores buscam o IPHAN com sua interpretação particular do mecanismo do Registro para proteger direitos que acreditam advir do ato declaratório, seja por meio da hermenêutica constitucional aberta, ou pelo entendimento de que, como sujeitos de direitos com organização social própria, podem delinear convenientemente os limites dos usos dos bens culturais imateriais por terceiros. Constituindo-se, assim, os detentores como fonte de produção normativa, por meio de suas postulações reivindicatórias e usos criativos do ato declaratório para defesa e proteção de seus interesses, provando que pouco importou se o Decreto do Registro não previu expressamente a constituição de direitos. Mesmo quando não houve conflito, os detentores buscaram a associação do Registro com outros mecanismos de searas jurídicas distintas, como a PI, e, ainda assim, se valeram do título conferido pelo instrumento de reconhecimento para legitimar critérios de registros de outras naturezas, como naqueles bens que também são protegidos por indicação geográfica.

Por fim, no quarto e último capítulo, para demonstração dos efeitos expansivos do Registro, analisou-se o conjunto de processos administrativos e documentos suplementares para identificação de casos conflituosos entre detentores e terceiros interessados em seu PCI, ou mesmo entre eles e organismos do Poder Público que intervieram na dinâmica do bem cultural imaterial a fim de regulá-la, nos quais fosse possível verificar a existência de *efeitos mediatos implícitos constitutivos*

do Registro. Assim também, verificou-se a maneira como o IPHAN atuou diante das demandas dos detentores, a fim de revelar sua mudança interpretativa no que diz respeito aos limites de sua competência legal, ocasionada justamente pela potencialização dos efeitos dos Registros pelos detentores.

Dos doze bens registrados estudados, apenas oito apresentaram situações nas quais era possível verificar os efeitos constitutivos do registro, principalmente em fatos nos quais os detentores utilizaram o Registro para reivindicação, proteção e defesa de direitos intelectuais coletivos sobre os bens registrados, ou nos casos em que, propositiva e preventivamente, diante da frustração das expectativas em torno da proteção do mecanismo de reconhecimento, associaram-no aos instrumentos usuais da PI, mormente indicações de procedência, espécie das indicações geográficas, e marca coletiva, nos PCI registrado como modo de saber-fazer.

Verificou-se, igualmente, que nem todo conflito teve desfecho, e que vezes a interpretação expansiva dos detentores e a reivindicação de direitos originários sobre os bens não geram resultados satisfativos. Da mesma forma, notou-se que em cada um dos casos o IPHAN portou-se de maneira distinta, amoldado pela singularidade dos fatos, mas que foram suficientes para sinalizar mudança de sua ótica sobre os efeitos apenas declaratórios do Registro, além da necessidade de atuar juntamente a órgãos e entidades da Administração Pública indireta para atendimento de certas demandas dos detentores. Outrossim, diante da possibilidade de utilização dos mecanismos usuais da PI para proteção das expressões e conhecimentos tradicionais registrados analisados, cotejou-se a análise dos casos com as insuficiências e limites ou, em algumas hipóteses, vantagens desses institutos, já que, como se verá, a propriedade intelectual tanto pode ser mobilizada a favor do PCI, em seu uso pelos detentores, ou contra, nos casos de apropriação de terceiros.

Nesse sentido, pontuou-se conclusivamente que, ainda que se enxerguem as potencialidades dos efeitos do Registro condicionados pela interpretação dos detentores acerca dos seus direitos intelectuais coletivos sobre os bens culturais imateriais registrados, a imprevisibilidade de atendimento de suas demandas diante de litígios com terceiros ou com o próprio Estado ocasiona insegurança jurídica. No entanto, frente às investidas contra os direitos culturais coletivos de povos, grupos e comunidades tradicionais, a tomada de consciência legal via proteção do PCI, com fundamento na Constituição Federal de 1988, no próprio Registro, ou em suas normas consuetudinárias, tem se apresentado como

estratégia válida, eficaz e aplicável que, inclusive, condiciona a atuação do Poder Público.

No entanto, resta saber se os detentores, o IPHAN, a sociedade civil em geral envolvida na salvaguarda dos bens culturais imateriais, os cientistas sociais, os técnicos e os poderes constituídos desejam manter o Registro apenas como instrumento de reconhecimento e valorização, ou se se faz necessária sua atualização legislativa ou criação de novo marco legal prevendo a proteção de direitos intelectuais coletivos de povos, grupos e comunidades tradicionais sobre expressões e conhecimentos tradicionais do PCI, garantindo a sua participação efetiva nessa definição.

1 DIREITOS CULTURAIS E PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

“A cultura é a liberdade do povo”.
(Cartaz do Programa de Dinamização Cultural da Revolução Portuguesa de 25 de Abril de 1974, Revolução dos Cravos)

O Registro para reconhecimento e valorização do patrimônio cultural imaterial é instrumento de garantia, previsto constitucionalmente, do direito fundamental cultural ao patrimônio cultural. Este patrimônio cultural é composto por expressões e conhecimentos tradicionais cuja proteção se firma no estalão da abordagem dos direitos culturais enquanto direitos fundamentais. Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, dentre outros dispositivos constitucionais, juntamente com os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário, contemplam os diversos bens, expressões e manifestações culturais integrantes do patrimônio cultural brasileiro, sem distingui-los, nem menosprezar qualquer um em detrimento de outro(s), e também determina ao Estado que não privilegie ou oficialize determinada cultura.

A Constituição de 1988 confere, tanto aos indivíduos como a coletividades, direitos culturais. Nesse sentido, privilegia as potencialidades criativas da diversidade humana, assegurando direitos culturais de liberdade e individuais sobre criações intelectuais, as garantias formais e materiais, estruturas e recursos a todos para aceder às fontes da cultura brasileira e terem respeitados seus valores, formas de viver, saber, e fazer, bem como reconhece a importância de bens que façam parte da referencialidade, identidade e memória dos diversos grupos formadores da sociedade.

Em matéria de direitos culturais específicos, quanto ao patrimônio cultural, são cada vez mais recorrentes as intersecções entre sua proteção, promoção, difusão e acesso aos elementos que integram o seu acervo, e questões de reivindicação de titularidade sobre bens culturais de natureza coletiva, diante dos processos de reificação, *commoditização* e espetacularização de expressões e conhecimentos tradicionais de povos indígenas, grupos e comunidades tradicionais, dentre os quais fazem parte saberes, fazeres e viveres ancestrais e originários.

Dessa maneira, a defesa dos direitos culturais, por parte desses sujeitos coletivos de direitos, atrelados à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, assim também à interpretação criativa que das medidas protetivas fazem para depreender direitos intelectuais coletivos sobre formas de expressão e saberes tradicionais, ou àquela que fazem aludindo

ao seu próprio direito costumeiro, tem uma dupla função garantidora: 1) preservar solidariamente a continuidade e a transmissão de referências culturais de uma geração a outra e; 2) exercer controle e estabelecer limites sobre possíveis ingerências do Estado, uso indiscriminado e apropriações econômicas de terceiros, em expressões e conhecimentos tradicionais e produtos de seus processos de produção e reprodução cultural, referências imediatas de seus valores comunitários e seus modos de vida.

Ainda assim, diante dessas constatações, fazem-se as seguintes indagações: O que são os direitos culturais? Quais são e o que são os bens do patrimônio cultural por eles tutelados? Quem são esses sujeitos de direitos coletivos para quem esses bens são referências culturais imediatas? Dessa maneira, a partir da Constituição Federal de 1988 e das normas internacionais de direitos humanos que garantem direitos culturais, o presente capítulo tem por objetivo responder esses questionamentos.

1.1 Labirintos entre cultura e direito

A resposta ao primeiro dos questionamentos acima pode ser formulada em outra pergunta preliminar: o que é a cultura para o direito? Sabe-se que a palavra cultura, segundo Raymond Williams (2007, p. 117), é uma das mais difíceis e complexas de serem compreendidas. Sua história é um intrincado labirinto cuja resolução para um caminho de saída é em si objeto de diversas teses, catalogações e dicionários especializados, principalmente no âmbito das ciências sociais. Alguns desses caminhos não se comunicam, partem de pressupostos distintos e até se chocam. Para o direito, cultura seria daqueles conceitos jurídicos indeterminados.

Grandes esforços intelectuais já foram feitos, em particular na antropologia, para apreender as diversas noções que o conceito assume. Não há intenção, aqui, de realizar uma arqueologia ou genealogia dos sentidos de cultura. Interessa mais que pistas o tratamento constitucional da cultura na Constituição Federal de 1988 pode nos dar sobre o que ela é, para fins de proteção jurídica. Contudo, há algumas pré-compreensões de natureza histórica sobre a semântica do termo que devem ser levadas em consideração na relação cultura e direito. Para Francisco Humberto Cunha Filho (2000, p. 22-23),

Dentre os mais correntes significados atribuídos à palavra cultura podemos enumerar: (1) aquele que se reporta ao *conjunto de conhecimentos de uma única pessoa*; mais utilizado para referir-se aos

indivíduos escolarizados, conhecedores das ciências, línguas e letras, embora, ultimamente, também se direcione a focar o saber do dito 'homem popular'; (2) um segundo que confunde expressões como 'arte', 'artesanato' e 'folclore', como sinônimas de cultura, algo que muito nos lembra figuras da linguagem como a sinédoque e metonímia, vez que se percebe claramente a substituição do todo pela parte, do continente pelo conteúdo; (3) outro que concebe cultura como conjunto de crenças, ritos, mitologias e demais aspectos imateriais de um povo; (4) mais um que direciona o significado de cultura para o desenvolvimento e acesso às mais modernas tecnologias; (5) ainda o que distingue o conjunto de saberes, modos e costumes de uma classe, categoria ou de uma ciência (cultura burguesa, cultura dos pescadores, cultura do Direito...); (6) outro vinculado à semiótica, retratador do conjunto de signos e símbolos das relações sociais; (7) por último, em nossa modesta lista, aquele que se reporta a toda e qualquer produção material e imaterial de uma coletividade específica, ou até mesmo de toda a humanidade.

Um desses significados usuais remete-se à sua origem latina de *colere* para marcar a ação humana sobre a natureza em um sentido de cultivo. Nesse primeiro significado, percebe-se a aproximação com as atividades de cunho agrícola. Na tradição europeia, esse sentido transformou-se na designação para aperfeiçoamento humano. Em certa medida, essa acepção é influência de uma tradição helenística que opunha homem e natureza, porém não ainda num sentido moderno de dominação, mas ao contrário, de potencial criativo do ser humano para lidar com as externalidades naturais e se aperfeiçoar, alcançar o que era concebido como virtude moral e contribuir para a cidade (*polis*) (CUNHA FILHO, 2004, p. 30-31).

A história ocidental moderna desdobrou, por meio do antropocentrismo, essa ideia, na autonomia do desenvolvimento humano em termos individualistas cujo auge é a aplicação de uma razão instrumentalizada como técnica de dominação. Nessa saga, cultura tornou-se sinônima de civilização no Iluminismo, para exaltar os feitos do progresso e das mudanças materiais das sociedades. Cultura passou a ser referência de distinção, nesse sentido estrito, subvertendo sua

etimologia embrionária, pois o mundo passou a ser dividido entre os bárbaros e os civilizados. Cultura era o estágio avançado do desenvolvimento do progresso europeu.

Foi o suficiente para sustentar etnocentrismos, colonialismos, teorias raciais no cerne do mercantilismo. É a história de certo fracasso da tradição materialista iluminista francesa, que tinha por intuito expandir conquistas educacionais e científicas. Por outro lado, serviu para designar valores espirituais particulares no âmago da fundação do Estado-nação alemão em busca de sua identidade (EAGLETON, 2005, p. 42). Daí porque também começou a ser utilizada para identificar os traços mais gerais e comuns do espírito do povo (*Volksgeist*) e primar pelo cultivo do desenvolvimento intelectual (*Bildung*). De certa forma, antecipa uma alteridade débil que irá influenciar mais tarde o surgimento da antropologia e marcá-la como seu objeto por excelência. Não à toa que a disputa de significados entre franceses e o romantismo alemão não apenas sustentará o colonialismo, como fará surgir esse interesse maior pelo Outro no nascedouro das ciências sociais que irão buscar sua cientificidade etnológica.

Os embates entre as diversas correntes evolucionistas, relativistas, estruturalistas, dentre outras, serão permeados pela identificação do que é o cultural. Em todas elas, há uma dimensão antropológica mínima generalista de que cultura é tudo aquilo que provém do ser humano. Aqui, ressalte-se que está se falando de dimensão antropológica, pois conceitos de cultura há intermináveis. No método de Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 35), para a delimitação jurídica da cultura este é um dado relevante; contudo, há outros dois a serem percorridos, que são a observação empírica do que a legislação contempla na noção de cultura e uma ideia de limitação oriunda do próprio Direito.

Vale dizer que a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura –UNESCO adota, desde a Conferência MONDIACULT, em 1982, na cidade do México, que elaborou a Declaração sobre Políticas Culturais, esse sentido mais ampliado em que:

[...] cultura pode agora ser considerada como todo o complexo de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e emocionais que caracterizam uma sociedade ou grupo social. Ela inclui não apenas as artes e letras, mas também os modos de vida, os direitos fundamentais do ser

humano, sistemas de valores, tradições e crenças.⁵

Até bem pouco tempo, o Ministério da Cultura no Brasil adotava a concepção socioantropológica para definição de suas políticas culturais em três níveis: simbólico, econômico e cidadão⁶ (MINC, 2007). A primeira perspectiva dessa tríade, por exemplo, para a dimensão antropológica faz todo sentido, assim como para a própria Constituição Federal de 1988 que alude indiretamente, em seu artigo 216, inciso II, à produção de significados nos modos de viver, criar e fazer dos grupos formadores da identidade brasileira. Vê-se, por essa perspectiva, que a polissemia inerente ao termo cultura se abre a uma multiplicidade de significados, que fazem referência a toda sorte de aspectos da vida social, dimensionados nas estruturas semânticas.

Em face da abstratividade e generalidade do termo, a cultura poderia ser para o direito um conceito jurídico indeterminado (ENGISCH, 2004, p. 2008) ou, na perspectiva do constitucionalista Luís Roberto Barroso (2007, p. 26), cláusula geral constitucional, isto é, conceitos “contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto”.

No direito, há outros significados hodiernos mais frequentes

⁵ Tradução livre da versão em inglês: “culture may now be said to be the whole complex of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features that characterize a society or social group. It includes not only the arts and letters, but also modes of life, the fundamental rights of the human being, value systems, traditions and beliefs”.

⁶ Essa tríade sintetiza a visão do antigo Ministro da Cultura Gilberto Gil (2003-2008), durante o governo Lula, bem como de seu sucessor Juca Ferreira (2008-2011), que assumiu a pasta até o início do governo Dilma, voltando a ocupar o cargo entre 2015 e 2016. Esses eram os eixos com os quais procuraram estruturar o Sistema Nacional de Cultura, organizar as proposições das Conferências Nacionais e embasar o Plano Nacional em sua formulação. Para o músico baiano, em seu discurso de posse, assim como na acupuntura chinesa, o Estado faria “do-in antropológico” no qual promoveria o massagem de áreas e segmentos culturais historicamente desprezados ou anulados, mas esse estímulo só seria possível com a participação popular para que o Poder Público conseguisse perceber e localizar os pontos frágeis das políticas culturais.

associados à cultura, mais precisamente aos direitos culturais. Um deles diz respeito ao *multiculturalismo*, que até reivindica os direitos culturais como particulares às minorias, porém leva o debate mais além, não se resume a eles, pois envolve outros direitos igual e fundamentalmente relevantes para a expressão de suas identidades e traços de distinção em função das tendências sociais homogeneizantes e de outros grupos de pessoas. Em síntese, as teorias multiculturalistas (APPIAH, 1998; TAYLOR, 1998; TOURAINE, 1998; SEMPRINI, 1999; DÍAZ-POLANCO, 2006; KYMLICKA, 2007) centram-se na compreensão do direito à diferença, do enfrentamento às discriminações e da análise da igualdade, para equilibrar o desenvolvimento das identidades comunitárias e coletivas e as liberdades dos indivíduos.

Outra associação mais frequente é feita pela filosofia ou pela própria teoria do direito, de que ele seria um produto da cultura, ou essa seria vetor para suas mudanças e transformações⁷. Noção esta tão abrangente quanto a dimensão antropológica.

Quando mencionamos a cultura no direito, há também outra ideia imediata, própria dos usos modernos aos quais Raymond Williams (2007, p. 121) faz menção, que é vinculá-la às artes ou às “obras e [à]s práticas da atividade intelectual e, particularmente, artística”. Essa relação é possível de ser percebida nos círculos acadêmicos que cada vez mais se dedicam ao direito e cinema, ao direito e literatura, à arte como recurso do ensino jurídico ou forma de transgressão do próprio direito. De outro modo, não se pode negar que o próprio direito tutela, por meio da legislação e das políticas, a produção, o fomento, a difusão e a promoção da arte ou de seus resultados, como os direitos autorais no que se referem às obras intelectuais.

Ainda assim, apesar dessas aproximações, a acepção de cultura

⁷ Esta afirmação baseia-se na influência que a corrente filosófica do culturalismo jurídico exerceu sobre a teoria do Direito no Brasil (PAIM, 1995, p. 15 e ss.). Para Miguel Reale (1994, p. 51), o culturalismo foi imanente à tradição jurídica brasileira, propondo uma cisão com o positivismo e o jusnaturalismo. Para essa vertente, o Direito é fenômeno, produto cultural da história humana, atrelado à cultura como produção de sentido, ou seja, ele atribui valor a determinados fatos e comportamentos sociais, com a finalidade de aperfeiçoar a sua própria natureza. Essa premissa é base da ontognoseologia da teoria tridimensional de Miguel Reale (2000) na qual, superando em parte a influência kantiana, dedica-se a pensar a cultura e o homem na vida objetivada em estado pleno, isto é, em um contexto concreto.

mais difundida é a da dimensão antropológica na qual o cultural é o próprio humano e vice-versa (CUNHA FILHO, 2004, p. 31). Porém, não só no campo jurídico, mas também na seara das políticas culturais, se interroga sobre sua utilidade prática. Teixeira Coelho (2008, p. 17, grifo original em itálico) sintetiza essa opinião afirmando que:

Cultura não é o todo. Nem tudo é cultura. Cultura é uma parte do todo, e nem mesmo a maior parte do todo – hoje. A ideia antropológica segundo a qual cultura é tudo não serve para os *estudos de cultura*, menos ainda para os estudos e a prática da política cultural [...].

Não quer isso dizer que a cultura, nos termos dos principais artigos da Constituição Federal de 1988 que a ela se destinam, ou seja, 215, 216 e 216-A, seja uma categoria estanque, estática; apenas se parte da premissa de que ela não se assemelha por completo à dimensão antropológica:

É importante ter isso em mente, porque a Constituição não ampara a cultura na extensão de sua concepção antropológica, mas no sentido de um sistema de referência à identidade, à ação, à memória coletiva dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216). Quer isso dizer que, se, do ponto de vista antropológico, todos os utensílios e artefatos, enfim, todo o construído, toda obra humana, é cultura, nem tudo isso entra na compreensão constitucional como formas culturais constituintes do patrimônio cultural brasileiro digno de ser especialmente protegido. (SILVA, 2001, p. 35).

Dessa maneira, é a *referencialidade*, ou seja, o valor referente que objetos, expressões, manifestações, atividades, bens, têm para grupos, coletividades e indivíduos que integram a sociedade brasileira, que, para fins de proteção jurídica, têm pertinência. Se tudo fosse protegido ou fomentado na dimensão antropológica, certamente se esbarraria em obstáculos de contingenciamento de demandas e nada seria igualmente protegido ou promovido pelo Estado.

Na visão de José Afonso da Silva (2001, p. 50), ainda assim, a cultura em seu sentido abrangente pode referenciar as próprias normas constitucionais sobre a matéria, formando assim o que ele denomina de *ordenação constitucional da cultura* ou *constituição cultural*. Para ele (SILVA, 2001, p. 34-35, grifo em itálico original), essa ordenação contém

duas ordens valorativas:

[...] dois sistemas de significações: uma que são as próprias *normas jurídico-constitucionais*, por si sós repositórios de valores (direitos culturais, garantias de acesso à cultura, liberdade de criação e difusão cultural, igualdade no gozo dos bens culturais etc.); outra que se constitui da própria matéria normatizada: a *cultura*, o patrimônio cultural brasileiro, os diversos objetos culturais (formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações artísticas; obras, objetos, documentos, edificações, conjuntos urbanos, sítios e monumentos de valor cultural).

Por isso, não se deve perder de vista que existe, na perspectiva da Constituição Federal de 1988, uma tessitura aberta para preenchimento desses conteúdos, assim como para a diversidade de valores de referência, sobre os quais o direito se apresenta somente enquanto ferramenta, mas muito limitada. A busca por uma definição jurídica de cultura para os direitos culturais não pode abandonar a dimensão antropológica, tampouco ignorar a centralidade da dignidade da pessoa humana que lhes confere fundamentalidade.

1.2 Direitos culturais como direitos fundamentais

A dignidade humana constitui o núcleo dos direitos fundamentais (humanos). Porém, há um distanciamento entre esse fundamento e sua eficácia, ou como diz Hellio Gallardo (2014, p. 17, grifos em itálico originais), existe uma “*distância*, quando não o *abismo*, ou seja, a *ruptura*, entre o que *se diz* ou o que *se faz* no campo dos direitos humanos”. Enquanto linguagem hegemônica (SANTOS, 2013a, p. 42), palavra-chave recheada de universalismo⁸ (RESTREPO, 2011, p. 33), é de

⁸ Esta disputa não é exclusiva ao campo dos direitos humanos, ou, em particular, dos direitos culturais. É reflexo das influências das contradições da modernidade. Em dois ensaios complementares, Renato Ortiz (2015, p. 13 e ss./ p. 89 e ss.) esclarece que *universalismo* e *relativismo* são terminologias polissêmicas, mas cujos enfrentamentos e mal-estares sobre seus significados são antigos, apesar de emergir fortemente com a globalização a sugestão de soluções comuns para problemas comuns, e, de outro lado, despontar a diversidade cultural. Em geral, esse debate se finca numa contraposição vezes

aceitação quase que inquestionável mesmo diante da existência de uma

intransponível e absoluta. Esta batalha quase irresolúvel ganhou contornos mais precisos no Iluminismo cujo princípio basilar, o homem, teria como qualidade em sua natureza o universal (ORTIZ, 2015, p. 13). Segundo Ortiz (ORTIZ, 2015, p. 14), os Iluministas criam que, apesar das diferenças humanas, o homem possuiria uma essência, uma substância única. Não que os pensadores das luzes desprezassem a diversidade, mas sua validade dependeria do retorno ao universal (ORTIZ, 2015, p. 14). Não é por acaso que, neste período, compreendido entre os séculos XVII e XVIII, havia um fascínio pelo estado de natureza. Cultura então seria o ingresso em sociedade e o afastamento da natureza. As próprias ciências naturais e sociais resultantes desse movimento, posteriormente, iriam se encarregar de buscar traços universais. No entanto, o desenvolvimento da antropologia, ainda que de bases etnocêntricas, trará a noção de alteridade e valorização das particularidades de cada cultura, principalmente das “sociedades primitivas”, distintas das sociedades modernas. Para os relativistas, todavia, essas diferenças não estariam sujeitas a leis universais e lineares de uma evolução, nem a generalizações. Cada cultura seria um universo particular, “cada cultura, em sua unicidade, contém valores inteiramente distintos, ou seja, formas de apreciação (de avaliação) dos objetos, do mundo, das pessoas e seus atos” (ORTIZ, 2015, p. 103). Talvez a maior vitória do relativismo tenha sido abrir as portas para a diversidade. Porém, ainda presa a uma ideia de diferenças únicas, recaindo no mesmo essencialismo do universalismo. As particularidades de cada uma não podem ignorar suas relações entre si, cada cultura tem também seu olhar para o Outro (ORTIZ, 2015, p. 108), tampouco podem ignorar suas diversidades internas nos mais diferentes contextos. Para Ortiz (2015, p. 31), não é o bastante a premissa de as “próprias diferenças serem diferentes entre si”, deslocando-as da história e de suas condições reais para uma abstração que fora duramente atacada em função do universalismo. Sob esse ângulo, entende (ORTIZ, 2015, p. 111) que o “pluralismo da visão relativista é, na verdade, uma justaposição de singularidades”. Os estudos relativistas ocultavam as relações de força, poder, de hierarquização de valores, de desigualdade na afirmação do pluralismo dessas diferenças dentro até dos Estados ditos democráticos. Porém, apesar de o sociólogo brasileiro trabalhar em cima da hipótese antitética (ORTIZ, 2015, p. 33), considera que o particularismo trazido pelo relativismo inverteu os polos dessa ligação, e a diversidade passou a ser universal: “o diverso torna-se bem comum” (ORTIZ, 2015, p. 34). Demandas de reconhecimento e direito à diferença passaram a ser vistas como valorização do ser humano, assim, conclui, “a diversidade como valor universal é um oxímoro” (ORTIZ, 2015, p. 34).

massa de excluídos e de oprimidos que não usufruem de seus benefícios e de suas promessas históricas.

Esta genealogia abissal da modernidade (SANTOS, 2013b, p. 16-17), descontextualizada, omitiu a divisão presente no mundo entre metrópoles e colônias, centro e periferia (cultural) (DUSSEL, 2006, p. 28 e ss.), na qual, enquanto os que viviam na metrópole se beneficiavam, em certa medida, das teorias e práticas da dignidade, o outro lado nem poderia questionar a universalidade dos dominantes, nem tampouco criar condições narrativas para sua própria libertação⁹. O próprio discurso hegemônico de direitos humanos tornou-se uma forma de dominação.

O que se põe em xeque aqui não são os direitos fundamentais (humanos), mas sua matriz liberal despregada da realidade e com discurso de validade universal. Se os direitos culturais padecem de certo desenvolvimento, em grande parte se deve a essa noção dominante de direitos humanos como individuais, restritos aos direitos civis e políticos, ainda que declarações, pactos e convenções internacionais proponham o contrário.

Quando se faz menção ao indivíduo, tem-se em conta a particularidade da matriz da modernidade das revoluções liberais na qual a lógica dos fundamentos dos direitos humanos é atribuída a uma essência imanente, autorreferente, com fulcro na razão, na natureza ou em Deus, isto é, largamente em metafísica que esconde suas bases sócio-históricas: o patriarcalismo, a formação da classe burguesa e o etnocentrismo (GALLARDO, 2014, p. 40).

Ainda que tenha ocorrido sua generalização para o âmbito político da criação dos Estados-nacionais, transformando-os na figura do cidadão (GALLARDO, 2014, p. 41), nega-se que os fundamentos dos direitos humanos surgiram de dados, dádivas ou benesses de poderes instituídos ou das classes dominantes, mas, certamente, de tensões e conflitos nas sociedades civis (GALLARDO, 2014, p. 44; SANTOS, 2013a, p. 57 e ss.) e, hoje, mais que nunca, o conteúdo da dignidade e dos próprios direitos fundamentais são alvo de disputa de movimentos sociais.

É importante fazer essas ressalvas, já que a narrativa hegemônica da dignidade humana se apresenta como universal. No entanto, nada mais é do que um particularismo ocidental que triunfou dentre as diferentes conotações que ela pode assumir na emergência das lutas por

⁹ Segundo Boaventura de Sousa Santos (2013a, p. 17), mesmo com o fim do colonialismo, essas ingerências e formas de dominação hoje se dão em novas configurações, tais quais a xenofobia, o racismo, a dependência econômica, o estado de exceção etc.

reconhecimentos e garantias de direitos. Este triunfalismo é uma das cinco ilusões que Boaventura de Sousa Santos (2013a, p. 46) identifica no senso comum dos direitos humanos e que afasta, a princípio, outras gramáticas e linguagens emancipatórias, como os movimentos historicamente recentes contra o colonialismo e até mesmo o socialismo.

Quer isso dizer que o significado do conteúdo da dignidade humana se dá a partir da luta política socio-histórica, tanto para a constituição de seus fundamentos quanto para sua proteção (GALLARDO, 2014, p. 60). Não se pode negar que as conflitualidades emergentes do pluralismo das sociedades, manifestas na organização de movimentos sociais e demandas de reivindicação de direitos enunciam significados contra-hegemônicos no significativo vazio do universalismo liberal ocidental. Por enquanto, contudo, esse sentido do universal, particular do liberalismo, apesar de predominante nas abordagens teóricas sobre direitos humanos, vai dando sinais de esgotamento:

São os casos particulares, desagregados, desconexos os que decidem o conteúdo do conceito universal. O fracasso do universal não é então um fracasso das tentativas particulares, mas o fracasso de universalizar um particular que o deixa exposto à sua própria finitude. O fracasso da tradição liberal moderna radica, então, na exclusão sistemática e cruel de conteúdos particulares que não encaixam dentro do pretendido universal, vem de tomar a um particular que suplanta ao universal como regra e medida de todo outro particular para assim banir aqueles particulares que não estão em harmonia com o significativo vazio¹⁰ (RESTREPO, 2011, p. 37).

Para Ricardo Restrepo (2011, p. 39), o significativo vazio desse

¹⁰ Tradução livre do original em espanhol: “Son los casos particulares, disgregados, inconexos los que deciden el contenido del concepto universal. El fracaso del universal no es entonces un fracaso de los intentos particulares, sino el fracaso de universalizar un particular que lo deja expuesto a su propia finitud. El fracaso de la tradición liberal moderna radica, entonces, en la exclusión sistemática y cruel de contenidos particulares que no encajan dentro del pretendido universal, proviene de tomar a un particular que suplanta al universal como regla y medida de todo otro particular para así desterrar a aquellos particulares que no estén en armonía con el significativo vacío”.

universal produz a exclusão de outros particulares. Constrói uma realidade ideológica virtualizada suportada em mitos os quais eliminam as teias intrincadas da complexidade das diferenças, assim “toda universalidade não é outra coisa que um particular usurpando uma zona específica que atua como centro duro da verdade e começa a operar como substituto do universal ausente¹¹” (RESTREPO, 2011, p. 39). Nesse sentido, o universal liberal oculta em sua estrutura um “ideológico X”, conteúdo particular que não pode aparecer por desvelar “el hombre blanco propietario”, ou segundo Helio Gallardo (2014, p. 65; p. 69), as lógicas de cooperação social de dominação ou submissão, como o masculinismo, o adultocentrismo, a acumulação de capital e o patriarcalismo.

Portanto, a suposta aparência neutra da universalidade da dignidade humana numa narrativa hegemônica instaura axiomas aparentemente inquestionáveis em sua validade. Assim, conclui Ricardo Restrepo (2011, p. 69) que o universal não está fora das “negações dialéticas de um conglomerado de particulares que pretendem preencher o vazio do significante vazio¹²”. Daí porque uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos centrada na interculturalidade (SANTOS, 2013a, p. 54-55) não pode se contentar com a “resposta convencional” que a diversidade cultural é válida desde que não viole essa concepção abstrata do universal. Então, a universalidade da dignidade humana não pode ser considerada como o universal do ocidente, do seu localismo globalizado por meio da economia neoliberal:

Não admira que os princípios fundacionais de outras culturais se apresentem hoje como não universais, já que historicamente foram particularizados no mesmo processo histórico que permitiu ao particularismo do ocidente universalizar-se. (SANTOS, 2013a, p. 59)

Não se trata de substituir o particularismo ocidental por outro, ou endossar um relativismo, criar rivalidades, mas pensar na dignidade humana construída do ponto de vista de um pluralismo intercultural

¹¹ Tradução livre do original em espanhol: “[...] toda universalidad no es otra cosa que un particular usurpando una zona específica que actúa como centro duro de la verdad y que comienza a operar como sustituto de lo universal ausente.”

¹² Tradução livre do original em espanhol: “[...] negaciones dialécticas de un conglomerado de particulares que pretenden llenar el vacío del significante vacío”.

(SANTOS, 2013a, p. 59), invertendo as relações sociais verticalizadas e primando por uma aproximação e articulação de movimentos e grupos vulnerabilizados.

Para os direitos culturais, essas primeiras linhas são relevantes na medida em que na Constituição Federal de 1988 aparecem em decorrência da mobilização de amplos setores da seara cultural, como artistas, produtores, criadores, organizações de trabalhadores da cultura, povos indígenas, quilombolas, defensores do patrimônio cultural, cientistas sociais, grupos vulneráveis, todos os reivindicando.

De outro modo, é também uma resposta a certo pensamento dominante, constante em documentos internacionais que preveem direitos culturais, em afirmar que eles não podem ser utilizados para “atentar contra os direitos do homem e as liberdades fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e garantidos pelo direito internacional, ou para limitar o âmbito de sua aplicação”, tal e qual consta no artigo 2, (1) da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Assim também, na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO de 2003, na segunda parte do artigo 2 (1), que adverte que qualquer patrimônio cultural imaterial incompatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos, indivíduos e o desenvolvimento sustentável, será protegido para os fins da norma internacional. Porém, os direitos culturais são interdependentes e interrelacionados com os demais direitos fundamentais (humanos), mutuamente complementares, não podendo ser alegados para defesa de práticas indignas que legitimem violações à integridade física, moral e psicológica do ser humano.

Os direitos culturais não podem ser uma justificação para vulnerar outros direitos humanos. O desafio de viver em uma sociedade multicultural não é colocar que todos os habitantes atuem segundo sua cultura, pondo em xeque as possibilidades de convivência, mas que cada pessoa reconheça que coexiste com cidadãos de culturas diversas¹³ (BRAVO, 2014, p. 368-369).

¹³ Tradução livre do original em espanhol: “Los derechos culturales no pueden ser una justificación para vulnerar otros derechos humanos. El reto de vivir en una sociedad multicultural no es plantear que todos los habitantes actúen según su cultura, poniendo en jaque las posibilidades de convivencia,

De outra maneira, a eficácia dos direitos culturais não depende apenas da sua previsão normativa ou instrumentalidade infraconstitucional ou legal, mas da capacidade também que os diferentes sujeitos de direito, na forma de atores sociais, têm de se mobilizar a partir de suas necessidades. É o que Helio Gallardo (2014, p. 66, grifo em itálico original) denomina de *movimento social dos ou por direitos humanos*, onde se deve “lutar *conceitualmente e todo o tempo* contra qualquer naturalização desses direitos”.

Essas linhas introdutórias de advertência servem para alertar que as variadas formas que uma dimensão antropológica pode assumir, se considerarmos a abertura conceitual da cultura na Constituição Federal de 1988, podem ocasionar conflitos entre as tarefas estatais de proteção, fomento, incentivo, difusão das atividades e manifestações culturais e o fundamento evocado para os direitos fundamentais, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

Aliás, como a maioria das Constituições contemporâneas, a dignidade humana foi positivada no texto constitucional brasileiro como princípio fundador, isto é, os direitos fundamentais emanariam deste princípio. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, diz expressamente que a dignidade humana é fundamento do Estado democrático de Direito.

A noção de dignidade humana possui uma vagueza, uma textura aberta, como visto, objeto de intensas disputas que não se atêm à esfera jurídica. Contudo, não é necessariamente sua ontologia que a torna essência imutável e imanente. É uma qualidade atribuída aos cidadãos para efeitos de dever de concretização do Estado e ferramenta da própria cidadania.

Ela é atualizada por circunstâncias, fatos, conflitos e violações dessa condição, que atualizam seu significado a partir das noções de igualdade entre os seres humanos e de autonomia, individual ou coletiva. Esta proclamação de dignidade depende das mudanças sociohistóricas e culturais, mas permanece com uma dimensão ontológica na medida em que é atribuída a todos. Por exemplo, uma prática, atividade, expressão ou manifestação cultural, para ser considerada contrária à dignidade humana, precisa ser contextualizada.

Com efeito, é de perguntar-se até que ponto a dignidade não está acima das especificidades

sino que cada persona reconozca que coexiste con ciudadanos de culturas diversas”.

culturais, que, muitas vezes, justificam atos, que, para a maior parte da humanidade são considerados atentatórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos enraizados na prática social e jurídica de determinadas comunidades (SARLET, 2007, p. 57).

Essa necessidade ocorre para que o caráter universal, direcionado a todos, não ignore as particularidades da diversidade cultural do planeta, dos grupos, das comunidades, do pluralismo existente em cada país (SARLET, 2007, p. 47-57). Ainda assim, um conteúdo mínimo de dignidade humana se assenta em um tripé, enunciado por Luís Roberto Barroso (2012, p. 72 e ss.) nos seguintes elementos: 1) valor intrínseco de todo ser humano; 2) autonomia e; 3) valor comunitário.

No primeiro sentido, tem-se a dimensão ontológica da dignidade definida como a qualidade intrínseca do ser humano como tal, “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente” (SARLET, 2007, p. 43). Este valor que dá origem, na esfera jurídica, a uma série de direitos fundamentais, dentre eles os direitos culturais.

Complementar ao primeiro, a autonomia dá a exata medida da liberdade dos seres humanos na capacidade de formular suas próprias escolhas e decisões, de perseguir seus próprios caminhos, podendo tanto ser atribuída a uma dimensão pública de participação na vida em sociedade, como privada para exercício das liberdades de foro íntimo e particular (BARROSO, 2012, p. 82-83). A autonomia não é apenas individual, as coletividades enquanto portadoras de dignidade também podem se autodeterminar.

Por fim, essa autonomia tem uma dimensão comunitária. A vida digna implica que todos vivam em igual dignidade, isto é, que haja condições materiais para satisfação das necessidades básicas de todos os seres humanos (BARROSO, 2012, p. 85), sem as quais não há plena autonomia. Daí porque a autonomia como elemento da dignidade é sindicante de um mínimo existencial no qual sejam assegurados direitos sociais, econômicos e culturais.

Por força da dignidade de todos (valor intrínseco) e da autonomia em sociedade, o valor comunitário da dignidade humana expressa limites baseados nas relações sociais em alteridade, isto é, ela se amolda em nome

de valores sociais compartilhados socialmente e é limitada pela regulação do Estado, tendo em vista direitos fundamentais de outros, metas sociais comuns, bens jurídicos transindividuais etc. Na definição de Luis Roberto Barroso (2012, p. 88), o valor comunitário “ênfatiza, portanto, o papel do Estado e da comunidade no estabelecimento de metas coletivas e de restrições sobre direitos e liberdades individuais em nome de certa concepção de vida boa”. Este valor tem em mente sociedades plurais e diversas nas quais além da autonomia individual se deve proteger a dignidade e os direitos de terceiros, bem como a dignidade individual de cada um per se. Em vista disso, realizar a dignidade humana alcança uma intersubjetividade calcada no respeito, na alteridade e na tolerância.

Para Sarlet (2007, p. 69), a dignidade humana é “condição de princípio (e valor) fundamental”. Para ele (2007, p. 62), a dignidade humana tem um conteúdo mínimo que advém da ordem constitucional vigente, por isso é

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para a Constituição Federal de 1988, a dignidade humana é núcleo sustentáculo de uma axiologia que lhe é particular, e que se refere aos direitos fundamentais e sua proteção. No plano da concretude, eventualmente esses direitos podem entrar em rota de colisão ou serem objeto de regulamentações ou restrições com base em princípios de igual estatura, mas a Constituição de 1988 não estabelece os limites claros a direitos culturais. Torna-se a tarefa ainda mais difícil quando se está diante de normas instituidoras de direitos e das diretrizes programáticas presentes nos artigos 215, § 1º, 2º e 3º, e 216, § 1º, 2º, 3º, 4º e 6º.

Embora se refira a um contexto mais amplo do direito internacional dos direitos humanos, Farida Shaeed (2011, p. 23) diz que estabelecer limites aos direitos culturais não é empresa fácil:

Essa visão decorre, em parte, de uma tendência deslocada de comparar diversidade cultural com

relativismo cultural, que tem o efeito de suscitar medos e mal-entendidos em relação ao reconhecimento e à implementação dos direitos culturais. O consenso da comunidade internacional é que ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos garantidos pela lei internacional nem limitar sua abrangência.

Nem todas as práticas culturais podem ser consideradas protegidas pela lei internacional dos direitos humanos. Contudo, identificar exatamente que práticas culturais devem ser consideradas contrárias aos direitos humanos nem sempre é uma tarefa fácil. No nível nacional, tal processo de identificação requer, por exemplo, um marco legal indicando princípios que fundamentem que direitos culturais podem ser limitados e um Judiciário independente capaz de tomar uma decisão informada segundo esse marco legal, bem como a lei internacional dos direitos humanos, considerando a prática dos órgãos internacionais de supervisão dos direitos humanos.

Tais quais os demais direitos fundamentais, os direitos culturais não são absolutos, tampouco ilimitados, ainda mais diante da existência de uma variada gama de bens e valores jurídicos, tutelados por constituições de ordenamentos complexos, cujas características estruturais e a imprescindível decorrência-fim da dignidade da pessoa humana tornam sua convivência e harmonização um imperativo. Dessa constatação decorre o fenômeno da restrição, que em Estados Democráticos de Direito é submetido a uma série de questionamentos acerca da possibilidade das intervenções/ingerências dos poderes no exercício de direitos, bem como do firmamento da supremacia constitucional diante de leis de hierarquia inferior. Por outro lado, aparece a necessidade de, a partir da relação entre direitos e limites, delinear contornos mínimos para diferenciar constrições e configurações¹⁴ de

¹⁴ Há um desacordo doutrinário sob o aspecto semântico, por evidente oriundo da divergência teórica sobre as limitações a direitos fundamentais, acerca do significado de restrições. Como apontam Bodo e Schlink (2012, p.119), os estudos constitucionais usualmente empregam os termos *ingerência*, *intervenção*, *limite*, *limitação*, *restrição*, *afetação*, *redução*, *delimitação*, *configuração*, *conformação* como sinônimas que portam um

direitos fundamentais.

As principais teorias acerca dos limites dos direitos fundamentais são a interna, a institucionalista (conciliatória), e a externa, a que mais se aproxima da estrutura de direitos fundamentais que se firma nas constituições contemporâneas de matriz ocidental; é a da concepção ampla de limites, que se aproxima do modelo de normas constitucionais que se subdividem em regras e princípios, com graus de densidade e de determinação de seus conteúdos distintos.

Segundo Silva (2009, p.128), o termo limite para a teoria interna aduz sempre a ideia de imanência. Por outro lado, Pereira (2006, p.137-138), ressalta que a expressão tem sentido extenso, e tanto serve para significar as constrictões definidas constitucionalmente quanto as formas definidoras do exercício de um direito fundamental, desdobrando-se em restrição, relacionada a “previsões normativas e interpretações que operam uma diminuição da esfera máxima de incidência do direito”, e configuração/conformação/delimitação/regulação que são as formas de “densificação do conteúdo normativo”.

mesmo sentido. Esta desavença redundava na questão central sobre a possibilidade de restringi-los ou não, isto é, de identificar se se podem instituir limites, ou se está diante de uma violação material à Constituição, bem como revela posições dogmáticas distintas acerca da compreensão hermenêutica deste fenômeno jurídico (PEREIRA, 2006, p.139). Este debate é capitaneado pelas contraposições entre teorias interna e externa acerca das restrições a direitos fundamentais. Segundo Silva (2009, p.128), a imprecisão terminológica entre limite e restrição, aparentemente termos equivalentes, diz muito sobre a compreensão teórica à qual a fixação da possibilidade de constrictão se refere. O uso ou exercício de um direito fundamental sempre vai se referir a uma conduta, sentido amplo que alberga liberdade positiva e negativa, ação e omissão, no âmbito de proteção, não apenas no sentido de atuação, mas, igualmente, referente a coisas, objetos (arte, ciência). Para a resolução de casos práticos envolvendo direitos fundamentais, Bodo e Schlink (2012, p.118) orientam primeiramente a identificação do âmbito de proteção sobre o qual recai a conduta do particular a fim de prevenir ingerências (ilícitas) ou requisitar a proteção do Estado, somente depois é que se irá questionar sobre a garantia jurídico-fundamental respectiva para resolver o conflito. Por óbvio que os titulares, no exercício dos direitos fundamentais, protagonizam conflitos de interesses e das liberdades individuais. Nesse caso, o Estado pode estabelecer limites aos direitos fundamentais.

Para os adeptos da teoria interna, a ideia de constrição não se coaduna com a de conteúdo dos direitos fundamentais. Em verdade, não há limites extrínsecos, pois todo direito possui uma limitação que lhe é inerente (SILVA, 2009, p.129). Sua definição é sempre apriorística e preestabelecida constitucionalmente. Já diante do conflito de normas em caso concreto, excluir-se-ia o método da ponderação. Em princípio, de fato, a teoria interna nega a existência de colisão entre direitos fundamentais, bens e valores constitucionais.

A tarefa do intérprete seria apenas de desvelar, mediante subsunção e outros métodos hermenêuticos, o conteúdo essencial definido previamente e se a hipótese é de aplicação ou não do direito ao fato. Estes contornos *a priori* determinam o âmbito de proteção do direito fundamental e, conseqüentemente, o que está fora dele. Seus limites são, portanto, imanentes (PEREIRA, 2006, p.141; SILVA, 2009, p.128-130). Conforme Borowski (2003, p. 69, grifo em itálico original), “no caso de direitos não limitáveis, o procedimento de aplicação jurídica cumpre a tarefa de verificar se o conteúdo *aparente* do direito é também seu conteúdo *verdadeiro*¹⁵”.

Por esta visão, os limites são produzidos internamente ao direito em si. Não é possível distinguir um âmbito de proteção *prima facie* e o direito em definitivo (SILVA, 2009, p.129). Ou o direito está adequado ao fato, ou não se está diante de uma conduta por ele protegida. Nesse sentido, é possível afirmar que os direitos fundamentais sempre possuirão a estrutura de *regras*, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p.129). Na acepção de Robert Alexy (1993, p. 300 e ss.) a concepção estrita de restrição (teoria interna) associa-se à teoria estreita do suporte fático, segundo a qual o exercício de um direito de antemão exclui outras formas de conduta que não merecem incidência, portanto não há o que se falar em direito definitivo. Em outro oposto, a teoria externa ou concepção ampla abriga as condutas que possuem características para serem protegidas *prima facie* por um direito fundamental conquanto que, posteriormente, o limite exclua-a do âmbito de proteção definitivo.

A refutação à teoria externa é marcada por uma preocupação na qual haja o expurgamento do subjetivismo e do solipsismo do intérprete na aplicação da ponderação, nos casos em que se admite a colisão de direitos fundamentais, afastando não apenas o processo inflacionário de

¹⁵ Tradução livre da versão em espanhol: “[...] en el caso de derechos no limitables, el procedimiento de aplicación jurídica cumple la tarea de verificar si el contenido *aparente* del derecho es también su contenido *verdadero*”.

identificação desses direitos, mas também solidificando sua importância para a manutenção de seu conteúdo essencial. Em suma, a teoria interna caracteriza-se por rejeitar a ideia de limites externos, pois, segundo seus defensores, estes são evidentes e estabelecidos de forma anterior pela própria Constituição, portanto direitos e limites estão unificados; por preestabelecer o conteúdo essencial de um direito a fim de determinar em quais circunstâncias deve ou não incidir; e por não admitir o choque de direitos fundamentais, por conseguinte, sua ponderação.

Segundo Pereira (2006, p.160-161), as principais refutações à teoria interna são a de que os graus de indeterminabilidade do alcance e do sentido das normas de direitos fundamentais e os problemas complexos das sociedades humanas impedem a determinação *a priori* e unívoca dos limites (imanes) e que, tanto quanto a crítica à teoria externa, a identificação do conteúdo essencial desses direitos pode abrigar subjetivismo, desnudando a neutralidade aparente da concepção restrita de limites.

Peter Häberle (2003) desenvolveu a concepção institucionalista de direitos fundamentais, que se aproxima dos pressupostos da teoria interna, contudo não abandona a ponderação de interesses enquanto método interpretativo. Para o jurista germânico (2003), não existem limites externos aos direitos fundamentais, pois seus contornos na determinação de seu conteúdo essencial são pré-estabelecidos pela própria Constituição. Portanto, assim como na teoria interna, os limites são inerentes, firmados *a priori*, “desde o início”, apenas “podendo ser extraídos diretamente do texto constitucional e das leis gerais situadas na esfera temática dos direitos fundamentais, que os concretizam” (PEREIRA, 2006, p.152). Assim, todo direito fundamental é irrestringível, não limitado por outros direitos, bens ou valores jurídicos de igual estatura constitucional.

De natureza conciliatória, não abandona o método da ponderação, já que ela seria o princípio interpretativo pelo qual é possível identificar o conteúdo essencial e os limites imanes dos direitos fundamentais desde o princípio, em virtude e em função de outros bens e valores constitucionais. Porém, além de comprometer a força normativa da Constituição, praticamente igualando o *status hierárquico* dos limites inerentes com as normas concretizadoras, expandindo o poder do Legislativo, a crítica de Borowski (2000, p.43-44) dirige-se exatamente contra a fragilidade da conexão entre ponderação e direitos não restringíveis proposta pelos institucionalistas.

Diferentemente da concepção restrita de limitações, a teoria externa, cujo maior expoente é Robert Alexy (1993), firma a distinção

entre restrição e configuração de direitos fundamentais. Para esta acepção, existe um direito em si cujo conteúdo é protegido inicialmente, mas, contextualizado e harmonizado com os demais bens e valores constitucionais que se apresentam como limites extrínsecos, é restringido até que se traça em definitivo seu verdadeiro conteúdo essencial.

Em resumo, pela teoria externa, os direitos fundamentais têm um âmbito de proteção amplo, sendo que tomado em conjunto com outras normas constitucionais, é necessário que se delimitem os limites externos. Ao buscar as restrições no extrínseco, a teoria externa elege a ponderação como método interpretativo por excelência para aferir, diante de uma colisão entre direitos fundamentais, a constitucionalidade de uma limitação.

Para Borowski (2000, p. 39), existe um estreito vínculo entre a restringibilidade dos direitos e a teoria dos princípios com a qual uma restrição só pode ser satisfeita mediante o critério material da proporcionalidade. Os direitos garantidos mediante regras não são restringíveis pelo método da ponderação, conduzem a posições jurídicas não restringíveis. Enquanto, de outro modo, os garantidos mediante princípios são restringíveis, podendo as normas de restrição tanto serem regras quanto princípios.

Sobre o conteúdo essencial, existe uma teoria subjetiva a qual admite os direitos fundamentais como direitos subjetivos, e uma teoria objetiva que enxerga os ditos direitos como instituições do sistema jurídico. O conteúdo essencial é determinado através da aplicação do princípio da ponderação *lato sensu*. Para a teoria relativa do conteúdo essencial, os direitos fundamentais têm caráter de princípio. Por outro lado, a teoria absoluta defende a existência de um núcleo fixo. Assim, neste último caso, as normas de direito fundamental não poderiam ser sopesadas, pois não seriam princípios e sim regras.

Decerto que graus de compatibilização entre direitos fundamentais só podem ser mensurados e sopesados, de acordo com os parâmetros hermenêuticos das normas constitucionais, enquanto exceção, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, a coerência e unidade do sistema de valores emanados da Constituição Federal. De certo modo, sopesar direitos, em havendo colisão entre princípios fundamentais, é admitir a aplicação da proporcionalidade (adequação – necessidade – proporcionalidade em sentido estrito) entre eles como método de resolução de conflitos entre normas da mesma estatura, o que implica averiguar a medida adequada para a persecução dos objetivos constitucionais em jogo, sua necessidade de adoção diante de ausência de outro meio mais eficaz e menos gravoso que a substitua enquanto limite

ao bem jurídico em questão e a justiciabilidade dos valores envolvidos, isto é, a ponderação ao caso concreto, mediante argumentação racional.

De antemão, percebe-se que, em relação aos limites dos direitos fundamentais, adota-se nesta tese a teoria externa, já que a interna refuta a possibilidade de choques entre direitos e afirma que todos eles possuem um conteúdo próprio do qual se depreende um limite imanente. Ao contrário, admite-se a colisão de normas constitucionais em casos concretos, onde é possível se estatuir as restrições aos direitos fundamentais e a outros bens constitucionalmente relevantes aplicando o método da ponderação (PEREIRA, 2006, p. 140-152). Afinal, como já dito anteriormente, é por demais conhecida a sentença de que nenhum direito fundamental é absoluto no direito constitucional e na jurisprudência brasileira.

O que se percebe é que, em matéria de limites aos direitos fundamentais, o caso brasileiro vem adotando uma teoria externa que admite a existência de colisões em situações de fato, e que afasta a ideia de limites imanentes. Daí porque se “naturalizou” a afirmação acima.

Ao contrário do que se sustenta recorrentemente, os limites se concebem não apenas em função do respeito a liberdades individuais, mas podem ter por fundamento restrições necessárias para proteção de valores comunitários. No âmbito dos Poderes, isso é mais frequente no Poder Judiciário, mas ocorre também na esfera do Poder Legislativo. A casuística dos diversos tipos de limites demanda que a intervenção estatal seja justificada constitucionalmente, sendo o critério da proporcionalidade em sentido lato o que melhor se coaduna como método para a solução de colisões entre direitos fundamentais. Porém, isso não é garantia de que os Tribunais o apliquem.

Nos tribunais brasileiros, os conflitos envolvendo os direitos culturais e outros direitos fundamentais são frequentes e têm gerado importantes precedentes, inclusive balizando o que pode ser ou não compreendido como exercício de direitos culturais – caso de algumas manifestações que para a dimensão antropológica da cultura são produto do ser humano ou de suas práticas, mas não condizentes com outros princípios, direitos fundamentais e interesses coletivos. Aqui, retorna-se para o início deste tópico, sobre a querela entre universalidade e diversidade cultural com relação ao significado e alcance da dignidade humana. Concorda-se com Yvonne Donders (2011, p. 79-80), que expõe a problemática ao comentar os desafios da especialista independente para direitos culturais na ONU:

Outra questão em relação aos direitos culturais pertinentes à especialista é a existência de práticas

culturais que, na verdade, infringem os direitos humanos. Às vezes se teme que os direitos culturais possam ser usados para justificar práticas que, por exemplo, apoiam a posição de subordinação das mulheres, refletida em práticas como casamentos forçados, mortes por honra, mutilação genital e purificação da viúva, como também a discriminação em relação à apropriação de terras, herança e divórcio. As questões legais que aqui entram em cena são direitos humanos conflitantes e limitações dos direitos humanos.

A situação em que dois direitos humanos podem estar potencialmente em conflito não é específica dos direitos culturais. Muitos direitos humanos podem estar inerentemente em conflito em determinadas situações. Um famoso exemplo é o caso do desenho animado dinamarquês que, em 2006, demonstrou a tensão entre a liberdade de religião e a liberdade de expressão. Essas situações não podem ser resolvidas na prática com a rejeição de um desses direitos. Tampouco se pode privilegiar a priori um direito em favor de outro. Isso requer uma avaliação independente, por exemplo, por parte de órgãos independentes de supervisão, como tribunais, para determinar que direito prevalece sobre outro em uma situação específica.

[...]

Exemplos disso são expressões criativas que prejudicam a sociedade ou certas comunidades, ou atividades culturais que utilizam expressões racistas ou discriminatórias. O fato de justificar-se ou não certa limitação dos direitos culturais depende das circunstâncias reais.

Isso, no entanto, deixa a questão sem resposta quanto ao que fazer com as atividades ou práticas culturais – não confundir com direitos culturais – que estão em conflito ou limitam a fruição dos direitos humanos. As práticas culturais são muito diversificadas, o que torna impossível fazer declarações gerais sobre sua aceitabilidade em relação aos direitos humanos. A abrangência de seu possível conflito com os direitos humanos depende do contexto específico do caso. No entanto, práticas culturais que estejam claramente em

conflito com a dignidade humana e com as normas internacionais de direitos humanos não podem ser justificadas com uma alegação de defesa dos direitos culturais.

Alguns casos sobre limites aos direitos culturais, ou sobre o não reconhecimento a certas manifestações o *status* de fundamentalidade, ou de como um direito cultural pode restringir outros direitos fundamentais, podem ser encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A partir desses *leading cases*, já se pode antecipar inclusive a identificação de alguns direitos culturais.

Precedentes mais marcantes em torno desse debate, envolveram os casos da *farra do boi* (RE 153.531-8), das *rinhas de galo* (ADIs 1.856, 2.514 e 3.776), e da *vaquejada* (ADI 4.983). Em síntese, em todos esses casos, Estados da federação, respectivamente Santa Catarina (também no caso da ADI 2514), Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Ceará, ocorrem práticas e atividades de cunho cultural e desportivo que envolvem a utilização de animais. Com exceção da farra do boi em Santa Catarina, cuja questão surgiu a partir de ação civil pública em grau de recurso constitucional, todas as demais unidades federadas mencionadas editaram leis que promoviam e protegiam essas manifestações. O Supremo em todos os acórdãos entendeu que essas práticas conferiam crueldade aos animais, e que as situações de risco autorizavam a vedação constitucional para resguardar e não comprometer a sua integridade, que não poderia se sujeitar à crueldade de acordo com o princípio da proteção da fauna brasileira, inserto no artigo 225, inciso VII, da Constituição de 1988.

Embora mencionem o termo *manifestação cultural* associado aos direitos culturais em algumas ementas, o mais acertado seria compreender que essas práticas podem até ter abrigo sob a dimensão cultural antropológica, mas do ponto de vista da proteção constitucional não encontrariam, a rigor, qualquer guarida. Ainda assim, vislumbra-se a possibilidade de um limite a um patrimônio cultural imaterial não declarado¹⁶, na medida em que essas práticas fazem parte da vivência

¹⁶ A proteção constitucional às expressões e manifestações integrantes do patrimônio cultural brasileiro é conferida não somente às declaradas pelos instrumentos e mecanismos previstos na Constituição Federal de 1988. O Poder Judiciário tem reconhecido manifestações populares a fim de afastar a ingerência do Estado sobre elas ou de responsabilizar terceiros por lesões e danos ocasionados por violações e discriminações atentatórias à dignidade e

aos valores de grupos que integram a sociedade brasileira. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em nome de direito coletivo strictu sensu, o Judiciário declarou desproporcional o poder de polícia do Estado do Rio que proibia o uso de pó atóxico (pó de arroz) pela torcida do Fluminense em dias de jogos do clube, por razões de segurança nos estádios. Sob a alegação da defesa coletiva do patrimônio cultural imaterial dos torcedores, o Tribunal considerou excessiva a proibição do pó-de-arroz ou a regulamentação de seu uso não tinha amparo legal, pois se trata de “antiga manifestação popular integrada à cultura do futebol”. Eis o acórdão: “AÇÃO POPULAR. Adequação da via eleita. Direito coletivo. Proteção ao patrimônio público cultural e à moralidade administrativa. Inexistência de perda superveniente do objeto. Poder de polícia. Proibição do uso do “pó de arroz” pelos torcedores do fluminense. Manifestação popular integrada às tradições do futebol carioca. Inexistência de qualquer norma legal que dê amparo à proibição. Desproporcionalidade da exigência policial. Apelação fazendária desprovida. Sentença confirmada em reexame necessário” (TJRJ; APL 0038282-27.2008.8.19.0001; Décima Câmara Cível; Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; Julg. 10/06/2015; DORJ 15/06/2015). Existe aí um porém: o uso do pó de arroz não é uma reminiscência a saudações da torcida aos jogadores. Ele era uma prática de embranquecimento de jogadores negros e pardos na qual o talco “pintava-os” de branco. Portanto, uma manifestação de racismo cujo significado original para os afrodescendentes deveria ser levado em consideração na tutela do patrimônio cultural imaterial. Por outro lado, o Tribunal Federal Regional da 3ª Região conferiu direito de resposta a praticantes de religiões afro-brasileiras que foram discriminados em sua liberdade de crença por rede de televisão que exibiu programas com trechos ofensivos a sua fé. No acórdão, não adentrado somente nos aspectos da liberdade religiosa, reconhece-se as religiões afrodescendentes como patrimônio cultural imaterial brasileiro. “PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E ÀS RELIGIÕES AFRO-BRASILEIRAS. 1. Não apreciação de parte da matéria preliminar deduzida pelas agravantes por não ter sido apreciada pelo r. Juízo de origem, o que implicaria em supressão de instância. 2. O direito de resposta é assegurado amplamente, pela Constituição Federal (art. 5.º, V), em relação a todas as ofensas, caracterizem elas infração penal ou não. 3. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal, uma vez que compete a este órgão promover a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal). No presente caso, está-se diante de

cotidiana e de referência de parcela da população desses Estados.

Ao analisar o caso da *farra do boi*, colisão principiológica entre direitos culturais (proteção de manifestação cultural) e direito ao meio ambiente (preservação da fauna), embora admita que se trate de expressão de origem portuguesa enraizada na cultura brasileira, Carolina Bahia (2004, p. 85), com fundamento em Robert Alexy, entende que o princípio da proteção dos animais contra tratamento vil e cruel precede a proteção de bem cultural imaterial integrante do patrimônio cultural.

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL –
ESTÍMULO – RAZOABILIDADE –
PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA –

um interesse metaindividual consistente na defesa de bens sociais e culturais de toda a sociedade, quais sejam, o respeito e a não discriminação às religiões afro-brasileiras, sendo cabível a ação civil pública e legitimado para promovê-la o Ministério Público Federal. 4. Afasto a alegação de nulidade da bem lançada e fundamentada decisão agravada, uma vez que o decisum encontra-se devidamente motivado, demonstrando a Juíza ter assistido às fitas e constatado ofensas às religiões afro-brasileiras e às pessoas dela adeptas. 5. A transcrição de trechos dos programas apresentados pelas emissoras rés demonstra a utilização de termos desrespeitosos às religiões afro-brasileiras, o que denota um caráter discriminatório em relação às mesmas. 6. É fundamental o respeito e a preservação das manifestações culturais dos afrodescendentes, por fazerem parte do processo civilizatório nacional e merecem, por essa razão, a tutela constitucional dispensada pelo art. 215, § 1.º, da Constituição Federal. 7. A lesão causada às religiões afro-brasileiras através da exibição dos programas apresentados pela Record e Rede Mulher configura dano que se protraí no tempo. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação revela-se justamente por se tratar de ofensa às religiões que são parte de nosso patrimônio cultural, a garantias constitucionalmente asseguradas, como a liberdade de crença. 8. Tendo em vista que já foi gravado um "programa direito de resposta" sem utilização dos estúdios, equipamentos e pessoal das agravantes, conforme noticiaram os autores da ação civil pública, resta apenas o cumprimento de parte da liminar, consistente na exibição do programa em sete dias consecutivos, nos mesmos horários em que foram exibidos os programas nos quais houve o desrespeito, inserindo-se três chamadas diárias durante a programação normal das emissoras, nos mesmos dias de transmissão do referido programa, para a comunicação de sua exibição e de seu horário. 9. Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado. (TRF-3 – AG 28432 SP 2005.03.00.028432-0. Órgão Julgador: Sexta Turma. Julgamento 23/11/2005. Relatora Desembargadora Federal Consuelo Yoshida).

ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.

Segundo a jusambientalista, as tradições culturais são mutáveis no tempo, não são perpétuas ao ponto de não se adaptarem às novas realidades nas quais se veem inseridas. Nesse sentido, atualmente, a proteção dos animais é um imperativo ético ao ser humano que não é apenas portador de dignidade, mas deve agir com dignidade. Porém, quanto à decisão do Supremo, ao avaliar a empregabilidade do princípio da proporcionalidade entre esses dois direitos para solução do conflito, conclui (BAHIA, 2004, p. 96) que a maioria dos Ministros adotou fundamentações subjetivistas e particularistas muito mais reveladoras de posições sobre limites imanentes do conteúdo essencial da proteção constitucional às manifestações culturais.

Em termos da liberdade de expressão cultural, há precedentes igualmente importantes. No Habeas Corpus 82.424-2, no caso Ellwanger, envolvendo discurso do ódio, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a liberdade de expressão possuía limites de ordem jurídica e moral, e não poderia abrigar incitações racistas e práticas discriminatórias. Houve então denegação do pedido porque, para o Supremo, o livreiro Ellwanger editou e publicou obras antissemitas com intuito de disseminar ódio contra judeus.

Já no Habeas Corpus 83.996/RJ, o relator, Ministro Gilmar Mendes, deferiu o pedido do paciente, com o trancamento de ação penal que corria contra diretor, que realizou espetáculo teatral no qual havia simulação de masturbação e exibição das nádegas, por ato obsceno, de acordo com as tenazes do artigo 233 do Código Penal. Nesse caso em particular, o Judiciário reconheceu que não cabe a ele avaliar o conteúdo e credibilidade de manifestações e expressões culturais, o que de certo modo confere autonomia ao campo cultural.

Outro caso mais recente, apesar de não mencionar os direitos culturais, que envolve as liberdades de expressão artística, científica e cultural e o direito à memória, foi o da interpretação conforme dos artigos 20 e 21 do Código Civil na ADI 4815, para autorizar a elaboração de biografias sem o prévio consentimento dos biografados, familiares ou

sucessores, ou de pessoas retratadas como coadjuvantes. Aqui, os mencionados direitos culturais funcionaram como limites aos direitos da personalidade, à intimidade, à honra e à privacidade.

Em relação ao direito de acesso à cultura, o Supremo, já por duas vezes (ADI 1950 e 3512), em julgamentos de controle concentrado que queriam ver inconstitucionais leis que conferiam meia-entrada a estudantes e doadores de sangue, assentou que se tratava de mecanismo estatal de intervenção econômica para garantia de direitos, dentre os quais à educação, ao esporte, ao lazer e ao entretenimento. Infelizmente, apesar de ser referência na declaração de direitos culturais aos jovens, o Estatuto da Juventude, em seu artigo 23, § 10, introduziu limitação ao direito à meia-entrada reduzindo-a a 40% do total de ingressos disponíveis para cada evento.

Os julgados sobre os *limites dos direitos culturais* e de *direitos fundamentais limitados por direitos culturais* ajudam a antecipar uma listagem de algumas de suas espécies: liberdade de expressão artística, liberdade de expressão cultural, liberdade de manifestação cultural, direito ao patrimônio cultural, direito à memória e o direito de acesso à cultura¹⁷.

1.3 Triáde artes-memória coletiva-fluxo de saberes/ fazeres/viveres e transtemporalidade

Se os direitos culturais são fundamentais por realizaram dimensões da dignidade humana, quais matérias então fariam parte do que a Constituição Federal de 1988 concebeu como cultura? Viu-se que a dimensão antropológica é limitada pelo próprio Direito, muito embora não se possa ignorá-la. Metodologicamente, Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 34) sugere que os artigos 215 e 216 e outros esparsos da Constituição de 1988 sejam lidos de maneira empírica junto com os assuntos historicamente vinculados à legislação infraconstitucional e à prática administrativa no Brasil acerca da seara cultural.

Isso aparentemente se faz necessário para nem adotar um conceito tão amplo que não seja capaz de identificar os direitos culturais, tampouco

¹⁷ A Divisão de Pesquisa da Corte Europeia de Direitos Humanos (2011) publicou estudo sobre julgados de direitos culturais nesse tribunal e incluiu nessa categoria de direitos fundamentais: direito à expressão artística, direito de acesso à cultura, o direito à identidade cultural, direitos linguísticos, direito à educação, direito à proteção do patrimônio cultural e natural, direito à liberdade acadêmica e o direito à memória e à verdade (*seek historical truth*).

demasiado restritivo que exclua matérias, realidades e práticas, ou que não possa ser atualizado. Em ambos os casos, preocupa ainda mais a amplitude que poderia comprometer não apenas a identificação, mas a efetivação dos direitos culturais até no que concerne a sua atribuição aos titulares, deveres e obrigações para sua realização (CUNHA FILHO, 2000, p. 30-31).

Desse modo, a delimitação também tem a vantagem de oferecer uma definição positiva, que não se baseie no que é resíduo ou na exclusão, isto é, direitos culturais são aqueles que não são direitos civis, políticos, econômicos e sociais, ou seja, aquilo que sobra ou resta (CUNHA FILHO, 2000, p. 34; 2004, p. 36; VARELLA, 2015, p. 43). Também afasta a compreensão óbvia e tácita sobre cultura, introduz um consenso mínimo ou pelo menos um ponto de partida. Ainda assim, Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 36) alerta para a sempre arriscada confusão que se faz com essas convenções geralmente aceitas porque suas regulações estão “vinculad[a]s a aspectos pontuais da cultura, como as artes, a literatura, a memória histórica e a simbologia relativa aos sentimentos patrióticos”.

Para ele (CUNHA FILHO, 2004, p. 36-37), a seção específica da cultura na Constituição Federal de 1988 (II do Capítulo III sobre Educação, Cultura e Desporto, do Título VIII da Ordem Social), além de constituir autonomia relativa para o segmento produzir e aplicar suas próprias normas, assim como geri-las (CUNHA FILHO, 2004, p. 95), prevê, no artigo 216, um condensador das matérias tidas como cultura.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio

cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Em verdade, o *caput* do dispositivo menciona o patrimônio cultural, porém Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 37) observa que uma das formas de definição de um objeto é traçar os elementos que o caracterizam. Na sua avaliação, não há nada mais revelador da cultura do que as manifestações mencionadas nas normas atribuídas à referência dos grupos formadores da sociedade brasileira:

Diante de um texto tão claro, como duvidar que a norma transcrita [o art. 216] não define somente o patrimônio cultural, mas, além deste, também outra coisa: a própria cultura? Chega-se a esta conclusão em virtude de um raciocínio lógico, elaborado nos seguintes termos: a definição de um dado objeto de estudo nada mais é do que formulação lingüística sucinta que dispensa a enumeração pontual de seus elementos componentes, cada um de per si; a *contrario sensu*, se se elabora uma relação completa das características do estudado ser, por outro veio se propicia, também, a sua definição. Pondere-se que a cultura é identificada precisamente por suas manifestações; se a norma menciona que todas as manifestações humanas relacionadas à *identidade dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira* compõem o patrimônio cultural do país, e se, para além disso, nada mais pode ser vislumbrado como cultura, de fato o que o legislador fez foi simultaneamente definir patrimônio cultural e cultura para a seara jurídica do Brasil (CUNHA FILHO, 2004, p. 37).

Acresça-se a este raciocínio o fato de que a distinção material e imaterial do patrimônio cultural¹⁸, nesse caso, não parece só querer

¹⁸ A divisão constitucional do patrimônio, como se verá, é somente para ressaltar a existência de seus dois aspectos basilares, pois as duas dimensões são interdependentes e correlacionadas. Porém, tem reflexos de natureza prática quanto à utilização dos instrumentos e mecanismos de proteção e na seara das políticas públicas culturais. Sinteticamente, Francisco Humberto

destacar a presença de bens corpóreos e incorpóreos integrante do vasto conjunto de referências brasileiras, mas, em certo sentido, retomar os sentidos iniciais do próprio conceito de cultura, ou seja, o desenvolvimento humano em suas bases materiais e espirituais.

Nesses termos, Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 38) diz que nada se vai encontrar de distinto na legislação infraconstitucional. Por conseguinte, condensa na tríade artes – memória coletiva – repasse de saberes os elementos mencionados nos incisos do artigo 216.

Cunha Filho (2009b, p. 202) antecipa os distanciamentos e aproximações dos dois polos do patrimônio: "A dicotomia entre patrimônio cultural material e patrimônio cultural imaterial, em tese, é utilizada – e só assim deve ser - como recurso didático, uma vez que não se pode conceber o patrimônio cultural material sem o significado imaterial que este carrega; tampouco se pode verificar o patrimônio cultural imaterial sem pelo menos fazer referência, ou repercutir, a um suporte físico/material. Ambas as dimensões, portanto, coexistem. Essa ambivalência, além de se verificar no plano didático-teórico, se reflete, ainda, em duas outras searas. A primeira se evidencia no próprio campo do Direito brasileiro, através das normas que criam instrumentos jurídicos que visam à proteção do patrimônio cultural. É o que ocorre, por exemplo, com o tombamento – instrumento jurídico destinado à proteção dos bens de natureza material – e com o registro – direcionado aos bens de natureza imaterial. A segunda seara, em muito decorrente da primeira, é vislumbrada no campo prático de atuação das políticas públicas de preservação, mormente através da aplicação desses mecanismos de proteção, bem como da solidificação de setores específicos, dentro da estrutura do Estado, para lidar com a política de preservação do patrimônio cultural imaterial. A dicotomia ora referida induz à utilização desarticulada ou desarmoniosa dos mecanismos de proteção. Noutras palavras, ao invés de complementarem-se, no intuito de conferir proteção mais eficaz e abrangente, são aplicadas, muitas vezes, de forma excludente: ou um ou outro; ou se tomba ou se registra. O Poder Público, afinal, não pode criar e aplicar políticas públicas temerárias que prejudiquem a finalidade constitucional de preservação do bem cultural selecionado. O fato de o Estado possuir ações diferentes para albergar as dimensões material e imaterial de um mesmo bem cultural, dada a sua peculiar natureza, não significa que tais políticas devam ser contraditórias ou excludentes. Contudo, a desarticulação dos instrumentos jurídicos disponíveis pelo Estado, em virtude dessa inadequada dicotomia, vem ocasionando, não raro, uma proteção jurídica incompleta, como, v. g., acontece com os Terreiros de Candomblé brasileiros - lugares de culto das religiões de origem africana-, que desde 1984 vêm sendo tombados pelo Governo Federal, mas deles não há registro enquanto patrimônio imaterial".

As artes estão referidas no exercício das liberdades (artigo 5º, IX, da CF/88), nas próprias normas definidoras das competências administrativas e legislativas dos entes federados (artigo 23, inciso III e IV, e artigo 24, inciso VII, da CF/88) como merecedoras de proteção, como mecanismo de efetivação do direito à educação (artigo 208 da CF/88), ligadas às expressões, manifestações, espaços e bens que compõem o patrimônio cultural (artigo 216 da CF/88) como termômetro regulador da censura na área da comunicação (artigo 220, § 2º da CF/88), e em forma de princípio da produção e a programação das emissoras de rádio e televisão (artigo 221 da CF/88). Algumas fixações das suas formas são submetidas, por exemplo, à imunidade tributária (artigo 150, inciso V, alíneas “d” e “e” da CF/88).

Por outro lado, a memória coletiva está presente nos diversos dispositivos que buscam o resguardo do patrimônio cultural como elo temporal entre as gerações e fator de identidade. A diversidade de instrumentos que tutelam os bens culturais brasileiros, de acordo com o § 1º, artigo 216 da CF/88, demonstra a importância que a Constituição reserva para sua preservação, proteção e salvaguarda. Por esse caminho, a tarefa estatal de proteção não pode, nem deve, ser realizada sem a participação da comunidade. Seus danos e ameaças são punidos na forma da lei (artigo 216, § 4º, da CF/88). Os bens que representam essa memória coletiva são também meios de garantir a continuidade e a existência até dos sujeitos e vínculos comunitários, tal qual o tombamento constitucional dos sítios e documentos dos remanescentes quilombos (artigo 216, § 5º, da CF/88).

Para Humberto Cunha (2004, p. 47-49), os saberes são um dos elementos que nos diferenciam dos animais. O ser humano sempre pautou seu desenvolvimento social pela reflexão, troca, transmissão e difusão de ideias e conhecimentos, fazendo uso de bases tecnológicas.

Não há formação de uma sociedade livre, justa e igualitária sem direito à educação, em sua acepção lata (CUNHA FILHO, 2004, p. 49). Desse modo, a Constituição de 1988 tanto reconhece a natureza formal (v. g. instituições de ensino) como informal (v.g. família, comunidades culturais) do que ele chama repasse de saberes. Em seu artigo 205, a Constituição Federal de 1988 sustenta que o direito à educação tem as finalidades de pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Em um sentido ainda mais amplo, esse fluxo de saberes inclui a ciência, a inovação e a tecnologia (artigo 218 e ss. da CF/88).

De maneira semelhante, Imre Szabó (1974) apresentou um estudo acerca das normas internacionais declaratórias, protetivas e garantidoras

de direitos culturais e suas existências simultâneas em diferentes sistemas sociais com condições sócio-históricas e econômicas distintas e modelos constitucionais e institucionais díspares. Seu objetivo foi analisar a adequação da legislação internacional às identidades e diferenças dos contextos locais.

Para Szabó (1974, p. 11), o termo coletivo e universal *direitos culturais* denota uma categoria sintética de direitos humanos, nos quais se incluem vários componentes e ramificações que anteriormente ocupavam lugares distintos e foram absorvidos por uma cláusula geral, dentre os quais os direitos à instrução, à educação formal, à ciência, ao conhecimento, ao aprendizado e à liberdade de opinião, além de seus desdobramentos institucionais, tais quais a liberdade de cátedra, de ensinar e ser ensinado, de escolha do ensino e de seu local etc. Logo, os primeiros direitos culturais reconhecidos estariam vinculados ao direito à educação em sentido lato.

A concepção de repasse de saberes vem paulatinamente sendo ampliada, permeada pela intersubjetividade das trocas culturais, substituindo essa ideia pela de fluxo, não apenas de saberes, mas de fazeres e viveres, de acordo com o inciso II do artigo 216 da CF/88. Afinal, as normas constitucionais também protegem modos de vida, criar e fazer, como dos povos indígenas (artigo 213 da CF/88) e dos quilombolas.

Assim, sem abandonar completamente a dimensão antropológica da cultura, tendo em vista o princípio (valor) da dignidade da pessoa humana e as áreas compreendidas como culturais pela ordenação constitucional da cultura no Brasil, Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 49) adota o seguinte conceito jurídico de cultura:

[...] cultura para o mundo jurídico é a produção humana juridicamente protegida, relacionada às artes, à memória coletiva e ao repasse [fluxo] de saberes [fazer e viveres], e vinculada ao ideal de aprimoramento, visando à dignidade da espécie como um todo, e de cada um dos indivíduos.

Segundo Allan Rocha (2012, p. 59), esse conceito seria bem mais elástico do que o antropológico, supostamente por se referir à “superada relação entre cultura e civilização e atribui finalidades específicas que escapam à dinâmica do próprio fenômeno que busca instrumentalizar”. Porém, a definição dá sinais de que se fundamenta na dignidade de todos (universalidade) e de cada um (diversidade), não se vinculando a qualquer propósito ou processo civilizatório unidimensional e unidirecional. Até

porque o exame do terreno daquilo considerado como cultura é restrito apenas ao que historicamente esteve presente na legislação brasileira. Já para Guilherme Varela (2014, p. 44),

[...] essa conceituação [é] inédita e sintética, se não exaustiva e possivelmente ainda pendente de complementações, dada à boa concatenação de ideias e conceitos de várias escolas, e principalmente, em virtude da boa assimilação de princípios eminentemente jurídicos.

Nesse sentido de complementaridade, a definição adotada por Bolfy Cottom (2010, p. 8) teria a vantagem de introduzir a uma ideia axiológica emancipatória de desenvolvimento, constante na programaticidade da Constituição de 1988, a de vínculos dos indivíduos com uma ou mais comunidades em permanente dialeticidade, apesar de ter inspiração na Constituição do México:

[...] um direito cultural é aquele direito humano que corresponde a toda pessoas pelo simples fato de pertencer a uma cultura (entendida esta como uma forma de ser, de viver, de conceber a mesma individual ou coletivamente, assumindo que todo ser humano não pertence a uma comunidade cultural (ou várias comunidades culturais) qualquer que seja, mas que por sua vez é criado da mesma nessa dialética constante que caracteriza esse fenômeno¹⁹.

Além desses elementos, Humberto Cunha (2000, p. 33) apresenta outra característica dos direitos culturais, a partir dos seus núcleos: eles atravessam o passado, o presente e o futuro, o que Allan Rocha (2012, p. 63) denominou de transtemporalidade. Essa simultaneidade está associada ao exercício de direitos culturais no tempo, em função das matérias tidas como cultura.

Assim, o repasse de saberes seria condição para “conhecimento e

¹⁹ Tradução livre do original em espanhol: “[...] un derecho cultural es aquel derecho humano que corresponde a toda persona por el simple hecho de pertenecer a una cultura (entendida ésta, como una forma de ser, de vivir, de concebir la misma individual o colectivamente), asumiendo que todo ser humano no sólo pertenece a una comunidad cultural (o varias comunidades culturales) cualquiera que sea, sino que a su vez es creador de la misma en esa dialéctica constante que caracteriza ese fenómeno humano”.

usos do passado” manifesto no resguardo à memória coletiva, mas, igualmente, “interferência ativa no presente” por meio das liberdades ou, como citado, do potencial de proteção da criatividade intelectual (direitos de autor), trazendo possibilidades de avaliação do futuro, isto é, “a disposição em continuar a modificar o *status quo*”.

Allan Rocha (2012, p. 63) critica esse elemento distintivo dos direitos culturais dos demais direitos fundamentais, pois a remissão às esferas temporais abrangeria igualmente todos os demais e as referências simbólicas dos bens culturais. Nesse último caso, não parece haver qualquer oposição. Em verdade, a análise crítica está centrada na figura do exemplo dos direitos autorais como mola propulsora entre passado e presente, pois, para Allan Rocha (2012, p. 63), o que os definiria simplesmente é uma função de “construção na rede de significados” simbólicos dos bens culturais.

Essa definição não é essencialista, se aproxima do que tem sido feito no âmbito jurídico para dar maior clareza aos direitos culturais. Segundo Beatriz Gonzalez Moreno (2003, p. 89), as posições em geral

[...] se dividem entre definições descritivas, que intentam delimitar o conceito pela enumeração, mais ou menos sistemática, de seus conteúdos, e definições essenciais, que tratam de aquilatar a essência (no sentido metafísico) do cultural, mais além de suas concretas manifestações ou de seus fenômenos²⁰.

Por outro lado, a introdução de uma definição normativa não tem o condão de fechar a abertura conceitual dessas normas constitucionais que, inclusive, no plano prático, é complementada, segundo Ana Maria Marchesan (2007, p. 39), pela transdisciplinaridade, ou seja, “por teóricos de outras disciplinas”.

Por essa definição de Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 49), não há dúvidas que os direitos culturais são fundamentais (SILVA, 2001, p. 50), e, assim possuem aplicabilidade imediata com suas garantias, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. No entanto, questiona-se se, complementar à

²⁰ Tradução do original em espanhol: “[...] se dividen entre definiciones descriptivas, que intentan delimitar el concepto por la enumeración, más o menos sistemática, de sus contenidos, y definiciones esenciales, que tratan de aquilatar la esencia (en sentido metafísico) de lo cultural, más allá de sus concretas manifestaciones o de sus fenómenos”.

delimitação conceitual, não seria possível firmar um rol de direitos culturais em espécie na Constituição.

Por mais que a seção II da cultura no Título VIII da Ordem Social condense direitos culturais, garantias, deveres, princípios e a enunciação de políticas culturais, os direitos culturais estão presentes em toda extensão da Constituição Federal de 1988, e nos princípios por ela adotados, de acordo com o § 2º do artigo 5º. Gozam de imunidade formal e material, sendo vedada qualquer tentativa de supressão, por serem consideradas cláusulas pétreas. Contudo, a Constituição não disse quais eram, expressamente, os direitos culturais.

O constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 51-52) esforça-se no sentido de identificar quais são os direitos culturais, alicerçado na ideia de uma ordenação constitucional da cultura enquanto organização de normas jurídicas pertinentes à temática, sem precisar sua autonomia. Para ele, os direitos culturais são aqueles relacionados com:

(a) liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; (b) direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; (c) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (d) direito de difusão das manifestações culturais; (e) direito de proteção à manifestação das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura – que assim ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público.

Assim também, a filósofa Marilena Chauí (2006, p. 70-71) entende que o direito à cultura engloba:

- o direito de produzir cultura, seja pela apropriação dos meios culturais existentes, seja pela invenção de novos significados culturais;
- o direito de participar das decisões quanto ao fazer cultural;
- o direito de usufruir dos bens da cultura, criando locais e condições e acesso aos bens culturais para a população;
- o direito de estar bem informado sobre os serviços culturais e sobre a possibilidade de deles participar ou usufruir;

[...]

- o direito à experimentação e à invenção do novo nas artes e nas humanidades;
- o direito a espaços para reflexão, debate e crítica;
- o direito à informação e à comunicação.

Vê-se que, ao classificar os direitos culturais em rol exaustivo, corre-se o risco de esquecer ou não acompanhar a complexidade de seus fenômenos e da própria dinâmica legislativa, em razão do caráter programático de muitas de suas normas. De acordo com Beatriz Gonzalez Moreno (2003, p. 96), ainda assim, pode-se agrupar seus diferentes tipos normativos em relação aos deveres e tarefas estatais para com eles, e segundo a eficácia:

Com a expressão direitos culturais, a doutrina designa a subclasse dos direitos humanos, no âmbito sistemático dos direitos econômicos, sociais e culturais, que agrupa os direitos e liberdades fundamentais, os direitos de prestação e as determinações constitucionais dos fins do Estado em matéria cultural, cujo objeto é a busca da própria identidade pessoal e coletiva que situa o indivíduo em seu meio existencial em seu passado – pela tradição e conservação do seu patrimônio histórico e artístico – seu presente – pela admiração, a criação e a comunicação cultural – e seu futuro – pela educação e o progresso cultural, a investigação científica e técnica e a proteção e restauração do meio ambiente²¹.

Jésus Prieto de Pedro (2011, p. 45) prefere trabalhar com a noção de categoria de direitos na qual é possível identificar as características básicas e essenciais e as espécies já existentes, agregando as atualizações

²¹ Tradução livre do original em espanhol: “Con la expresión derechos culturales, la doctrina designa la subclase de los derechos humanos, en el ámbito sistemático de los derechos económicos, sociales y culturales, que agrupa los derechos y libertades fundamentales, los derechos de prestación y las determinaciones constitucionales de los fines del Estado en materia cultural, cuyo objeto es la búsqueda de la propia identidad personal y colectiva que sitúe al individuo en su medio existencial en cuanto a su pasado – por la tradición y la conservación de su patrimonio histórico y artístico – su presente – por la admiración, la creación y la comunicación cultural – y su futuro – por la educación y el progreso cultural, la investigación científica y técnica y la protección y restauración del medio ambiente”.

do legislador derivado. Além disso, a textura aberta dos dispositivos constitucionais culturais permite que, na sua interpretação, sejam identificadas diferentes normas fundamentais com estruturas distintas, independentemente da forma em que se apresenta seu texto na Constituição (VALE, 2009, p. 14-15). Uma das formas mais recorrentes de conhecer os direitos culturais em espécie é compreendê-los apoiados nas categorias das dimensões dos direitos fundamentais.

1.4 Direitos culturais nas dimensões de direitos fundamentais

Quando o direito constitucional tenta categorizar o aparecimento histórico dos direitos fundamentais, recorre a uma figura metafórica, atribuída a Karel Vasak, de associá-los ao lema da revolução liberal-burguesa na França – liberdade, igualdade, fraternidade – de acordo com a coloração da bandeira daquele país, isto é, primeira, segunda e terceira gerações de direitos (LIMA, 2003). Posteriormente, essa visão foi difundida a partir da posição jurídica dos titulares frente ao Estado, ou seja, as diversas fases de reconhecimento e tutela diante das transformações históricas pelas quais as formas da organização estatal atravessaram e foram se modificando (Estado Liberal, Estado Social, Estado Pós-Social), incorporando paulatina e acumulativamente camadas (NABAIS, 2008, p. 74) ou gerações de direitos fundamentais.

Essa divisão é enganosa. Primeiro, porque se baseia em algumas ilusões do que Boaventura de Sousa Santos (2013a) denomina concepção hegemônica dos direitos humanos. Em particular, encara a história humana como evolutiva e linear (ilusão teleológica) em que o aparecimento, surgimento, conquista e reconhecimento desses direitos teriam se dado de forma universal, abrangendo contextos diversos e locais diferenciados (HERRERA FLORES, 2009, p. 69; WOLKMER, 2012, p. 32).

Peca, portanto, pela ilusão da descontextualização, muito por se basear apenas no que parcialmente ocorreu na modernidade ocidental europeia (SANTOS, 2013a, p. 47). De outro modo, até quando houve reconhecimento formal dos direitos humanos na Europa, isso não significou a sua realização para muitas classes sociais e grupos vulneráveis. Afora isso, omite que o triunfalismo de certa concepção de dignidade imperou na dominação de países e continentes, África, Ásia e América Latina, ignorando tensões e conflitos (monolitismo) até entre os direitos humanos (SANTOS, 2013a, p. 46-50).

No mais, a própria ideia de gerações ou camadas, além de trabalhar com uma noção de sucessão linear, progressiva, de sobreposição, onde

uma substitui ou supera a outra, parece depor contra a indivisibilidade dos direitos fundamentais. Dessa maneira, também põem em dúvida as lutas sociais por efetivações de direitos, a ponto de invisibilizá-las, pois a efetividade é tarefa sempre inacabada.

Porém, a categoria tem um uso didático-pedagógico que, se utilizado na acepção de dimensões inter-relacionadas, tanto pode identificar necessidades emergentes (individuais, coletivas, difusas), no entendimento de Antonio Carlos Wolkmer (2012, p. 35), quanto os diversos tipos de direitos, efeitos jurídicos e titulares.

Em geral, os direitos culturais são tidos como direitos de segunda geração, ou seja, prestacionais por parte do Estado. Não obstante, estão presentes em todas as dimensões (CUNHA FILHO, 2000, p. 66-67; PEDRO, 2011, p. 45; VARELLA, 2014, p. 59 e ss.; SOUZA, 2012, p. 56-59). Trabalhar-se-á com as dimensões de direitos individuais (primeira dimensão/liberdade), prestacionais (segunda dimensão/igualdade) e metaindividuais (terceira dimensão/solidariedade fraternidade).

Os denominados direitos de liberdade são, em verdade, princípios basilares da autonomia individual em oposição ao Estado, cujos efeitos são, por parte deste, o dever de um *non-facere*, de uma abstenção. Têm, nesse sentido, um *status negativus* que protege o cidadão de qualquer interferência, garantindo-lhes o poder de resistência frente a violações. São eles o direito à vida, à privacidade, à intimidade, à propriedade, à igualdade formal, os direitos de personalidade, os direitos políticos (à nacionalidade, ao voto, de participação etc.) e às liberdades de manifestação, de imprensa, de reunião, de expressão e de criação, dentre outros.

A Constituição Federal de 1988, em seu catálogo de direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso IX, além do artigo 215 e dos §§ 2º e 3º do artigo 220, dissonante das experiências constitucionais anteriores, agrega a liberdade de expressão cultural enquanto direito subjetivo similar às tradicionais liberdades de pensamento e manifestação (CUNHA FILHO, 2000, p. 66; SILVA, 2001, p. 56-60). Esse bem jurídico nada mais é que um direito cultural individual, decorrente da autonomia constitucional dessa seara da qual se destacam, em específico, a liberdade de expressão da atividade intelectual e artística e os direitos autorais (artigo 5º, XXVII e XXVIII, da CF/88).

Embora não se enfrentem maiores problemas com a posição de que a liberdade de expressão cultural se encontra dentre os direitos culturais, não é pacífica a ideia de que os direitos de autor e os que lhe são conexos assim também o sejam, até porque, tradicionalmente, essa tutela é associada ao direito civil, não apenas sob o aspecto patrimonial sobre as

faculdades relativas à disposição das obras intelectuais, mas, sobretudo, pelos traços morais vinculados à personalidade dos criadores.

José Afonso da Silva (2001, p. 174) inclui a análise dos direitos autorais na ordenação constitucional da cultura, porém, não os identifica como direitos culturais, pois considera esta última categoria de bens jurídicos direitos sociais, tais quais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer, em razão de sua natureza privada. Este posicionamento não condiz com a natureza contemporânea dos direitos autorais, pois

A perspectiva é diferente aqui. Ela parte da idéia de que a matéria do direito autoral pode integrar, em particular, as preocupações provenientes do direito da cultura. O objetivo do direito autoral é de assegurar a proteção do autor e a perenidade do processo de criação. Ele é construído sobre um equilíbrio visando permitir aos autores de gozar, durante um período limitado, dos frutos de suas criações, proporcionando ao público a existência mesma dessas criações, para o advento de um patrimônio cultural assim também a fruibilidade desse patrimônio²² (CORNU, 2007, p. 135).

Para Jésus Pietro de Pedro (2007, p. 224; 2011, p. 45), os direitos autorais nada mais são do que o resultado protetivo dos processos de exercício da liberdade de criação cultural que recaem sobre a exteriorização do intelecto criativo do ser humano (COSTA, 2014; VARELLA, 2015, p. 61; SOUZA, 2012, p. 72). Porém, apesar de suas afinidades, tecnicamente se tratam de dois bens jurídicos distintos. Reconhecem-se nos direitos intelectuais, a partir da historicidade das convenções internacionais sobre o assunto, os primeiros dos direitos culturais, ao lado do direito à educação.

Em abordagem similar, Luiz Gonzaga Silva Adolfo (2008, p. 348-355), de acordo com direcionamento do autoralista português José de

²² Tradução livre do original em francês: “La perspective est ici différente. Elle part de l'idée que la matière du droit d'auteur peut intégrer, notamment du dedans, des préoccupations tirées du droit de la culture. L'objectif du droit d'auteur est d'assurer la protection de l'auteur et la pérennité du processus de création. Il est bâti sur un équilibre visant à permettre aux auteurs de jouir, pendant une période limitée, du fruit de leurs créations, garantissant au public l'existence même de ces créations, donc l'avènement d'un patrimoine culturel ainsi que la jouissance de ce patrimoine”.

Oliveira Ascensão, defende que o direito autoral é um direito da cultura, por cinco motivos: 1) o interesse público, subjacente a sua tutela, que envolve para o desenvolvimento cultural; 2) o equilíbrio necessário entre os interesses dos criadores e dos consumidores nas cadeias econômicas da cultura; 3) o reconhecimento dos direitos daqueles responsáveis por dar suporte infraestrutural à produção dos bens intelectuais, ou seja, as empresas, que não implique na transferência dos direitos intelectuais dos autores; 4) a combinação da necessidade da gestão coletiva com o controle e a fiscalização das atividades das organizações que a integram, não apenas por parte dos criadores, mas pela sociedade; 5) e, por fim, a garantia de tutela adequada dos titulares dos direitos conexos.

Em última instância, esta atividade hermenêutica tem por intuito atribuir um desiderato finalístico de caráter genérico aos direitos autorais, qual seja o de compromisso com a dinamicidade dos processos de criação e inventividade perpetrados pela cultura (HARVEY, 1997). Não à toa se atravessou um intenso debate sobre a Reforma da Lei de Direito Autoral brasileira, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, cuja centralidade repousa na proporcionalidade entre os interesses titulares dos direitos autorais e os direitos da sociedade, tal qual o de acesso à cultura (WACHOWICZ, 2011a).

De outra maneira, defende-se também pelo reconhecimento e afirmação de que os bens intelectuais são bens culturais, portanto não estão alheios às políticas de promoção, fomento e difusão que garantam a fruição de bens e serviços culturais à população, sem estar à mercê somente da visão mercadológica das obras protegidas enquanto ativos econômicos pura e simplesmente (WACHOWICZ, 2011b, p. 80-83).

Apesar de se apresentarem como individuais, já que está se falando estritamente de direitos autorais, isso não significa que não haja a existência de criações coletivas como a de povos indígenas, comunidades tradicionais, cujos integrantes podem até se valer desses direitos, mas, certamente, carecem de uma regulamentação própria.

Os direitos culturais ensejam não apenas uma postura ativa por parte do Estado, mas podem envolver abstenções e omissões quando se tratar de direitos individuais da cultura. Afinal, essa categoria fundamental tem sua autonomia frente às demais, ao tempo que com elas convive.

Quando os direitos culturais de conteúdo não tenham sido positivados como liberdades culturais, nem como direitos fundamentais culturais, tenham ou não uma dimensão prestacional, podem se configurados como direitos culturais de prestação.

Mas neles, o estabelecimento da organização prestacional é requisito funcional prévio. A questão é que estes direitos culturais condicionados – empregando o qualificativo de Baldassarre – requerem para sua satisfação a existência de um orçamento de fato, seja uma estrutura organizativa prestacional, o estabelecimento dos serviços correspondentes, com suas coberturas orçamentárias, ou a criação de uma Administração ou as instituições necessárias para satisfazer as prestações materiais que são objetos do direito mesmo. Quando tais estruturas tenham sido estabelecidas, se convertem em direitos subjetivos diretamente acionáveis e exigíveis judicialmente. No caso dos direitos fundamentais culturais, positivados como direitos públicos subjetivos, o Estado está obrigado à atividade prestacional através da correspondente organização, em geral mediante a técnica do serviço público. O exemplo mais claro que temos no direito cultural positiva como um princípio diretor ou como determinação de uma tarefa de Estado, se vincula indefectivelmente aos recursos disponíveis ao que a jurisprudência alemã denominou de reserva do possível²³ (MORENO, 2003, p. 82-83).

²³ Tradução livre do original em espanhol: “Cuando los derechos culturales de contenido no se han positivado como libertades culturales, ni como derechos fundamentales culturales, tengan o no una dimensión prestacional, pueden ser configurados como derechos culturales de prestación. Pero en ellos, el establecimiento de la organización prestacional es un requisito funcional previo. La cuestión es que estos derechos culturales condicionados – empleando el calificativo de Baldassarre – requieren para su satisfacción la existencia de un presupuesto de hecho, sea una estructura organizativa prestacional, el establecimiento de los correspondientes servicios, con su cobertura presupuestaria, o la creación de una Administración o de las instituciones necesarias para satisfacer las prestaciones materiales que son objeto del derecho mismo. Cuando tales estructuras han sido establecidas, se convierten en derechos subjetivos directamente accionables y exigibles judicialmente. En el caso de los derechos fundamentales culturales, positivados como derechos públicos subjetivos, el Estado está obligado a la actividad prestacional a través de la correspondiente organización, por lo

Seguindo a sociologia da divisão sistêmica de Parsons, evidenciada por Jesús Pietro de Pedro (2006, p. 194-196), ao transportá-la para as realidades segmentadas na Constituição espanhola como sinal do racionalismo científico moderno na história das constituições, a cultura desponta enquanto subsistema ao lado da política, da economia e da sociedade, o que lhe confere, na gramática constitucional, o caráter autônomo, “não subordinada nem confundida com o social, e aponta assim mesmo um campo conceitual consistente e geral, não casuístico²⁴”.

Resta claro, todavia, que esta autonomia é apenas relativa e que as possibilidades de interferência mútua entre esses campos são quantitativa e qualitativamente infundáveis.

Apesar desse parêntese, há direitos culturais que são prestacionais, dentre eles o *direito à* ou *de acesso à* cultura. Não rara é a confusão que se faz em substituir o gênero por esta espécie (CUNHA FILHO, 2011, p. 118; PEDRO, 2006, p. 278-279). Para José Afonso da Silva (2001, p. 48): “direito à cultura, pois, é um direito constitucional fundamental que exige ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial”. Para o constitucionalista, o direito cultural tem dupla face: é *norma agendi* que obriga o Estado a garantir os direitos culturais, bem como *facultas agendi*, ou seja, o direito garante a todos os titulares a faculdade de agir para reivindicá-lo ou postulá-lo diante da norma objetiva obrigatória.

Esse conjunto de todas as normas jurídicas, constitucionais ou ordinárias, é que constitui o *direito objetivo da cultura*; e quando se fala em *direito da cultura* se está referindo ao direito objetivo da cultura, ao conjunto de normas sobre cultura. Pois bem, essas normas geram *situações jurídicas em favor dos interessados*, que lhes dão a faculdade de agir, para auferir vantagens ou bens jurídicos que sua situação concreta produz, ao se subsumir numa determinada norma. Assim, se o

general mediante la técnica del servicio público. El ejemplo más claro lo tenemos en el derecho cultural positivizado como un principio rector o como determinación de una tarea del Estado, se vincula indefectiblemente a los recursos disponibles a lo que la jurisprudencia alemana ha denominado la reserva de lo posible”.

²⁴ Tradução livre do original em espanhol: “[...] no subordinada ni confundida con lo social, y apunta asimismo un campo conceptual consistente y general, no casuístico”.

Estado garante o pleno exercício dos direitos culturais, isso significa que o interessado em certa situação tem o *direito* (faculdade subjetiva) de reivindicar esse exercício, e o Estado o dever de possibilitar a realização do direito em causa. *Garantir o acesso à cultura nacional* (artigo 215) – normas jurídicas, *norma agendi* – significa conferir aos interessados a possibilidade desse acesso – *facultas agendi*. Quando se fala em *direito à cultura* se está referindo a essa possibilidade de agir conferida pela norma jurídica da cultura. Ao direito à cultura corresponde a obrigação respectiva do Estado. (SILVA, 2001, p. 48)

A expressão direito à cultura é usualmente encontrada na gramática constitucional contemporânea como no Preâmbulo da Constituição francesa (PELLAS, 2015, p. 5), na Constituição de Portugal de 1976 e na Constituição da Espanha. Na Constituição Federal de 1988, pode-se localizá-lo no *caput* e § 3º, incisos II e IV, do artigo 215. Jean-Marie Pontier, Jean-Claude Ricci e Jacques Bourdon (1990, p. 64-65, grifo em itálico original), ao delinear a formação do direito da cultura francês, igualmente se preocuparam com o âmbito de aplicação desse direito:

Um segundo ponto a examinar concerne à significação da expressão *direito à cultura*. Este direito, como, aliás, outros direitos sociais e econômicos consagrados no texto constitucional, tem um sentido muito claro: ele implica, não mais uma abstenção do Estado, mas uma ação positiva desse último a fim de que este direito seja efetivo²⁵.

De todo modo, a realização subjetiva desse bem jurídico depende de uma atuação positiva do Estado, o que pode inclusive legitimar uma intervenção estatal no domínio econômico. É como classifica Eros Grau (2010, p. 147) as atuações por indução no domínio privado quando analisa a ADI nº 1.950, em que foi relator, quando o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional lei do Estado de São Paulo que assegurava a

²⁵ Tradução livre do original em francês: “Un second point a examiner concerne la significacion de l’expression *droit à la culture*. Ce droit, comme du reste les autres droits économiques et sociaux consacrés par le texte constitutionnel, a un sen très clair: il implique, non plus une abstention de l’Etat, mais une action positive de ce dernier afin que ce droit soit effectif.”

meia-entrada em estabelecimentos de diversão, esporte, cultura e lazer a estudantes regularmente matriculados na rede de ensino, a denominada meia-cultural.

Entendeu a maioria do Pleno, apesar dos votos contrários dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que se tratava de caso no qual o Estado interviria na livre iniciativa econômica para adoção de providências no sentido de garantir direitos fundamentais, tal qual o livre acesso à cultura, à educação, ao esporte e ao lazer de categoria socialmente hipossuficiente. Na ADI nº 3.512, o Supremo retornou à questão, mantendo o seu posicionamento, ao se manifestar pela constitucionalidade de lei capixaba que garantia a meia-entrada aos doadores de sangue.

Outra medida de acesso à cultura é a Lei nº 12.761, de 27 de dezembro de 2012, que instituiu o Programa de Cultura do Trabalhador, mais conhecido como Vale-Cultura. O intuito é fornecer aos trabalhadores acesso e fruição de produtos e serviços culturais por meio da utilização de um cartão, de caráter pessoal e intransferível, válido em todo o território nacional, no valor de R\$ 50,00, fornecidos mensalmente pela empresa beneficiária do programa.

Na perspectiva de direitos da solidariedade, não se protege somente os direitos individuais ou de certos grupos, tampouco se referem às tarefas estatais de cunho social para eliminar as desigualdades. Este tipo é notadamente marcado pelo compartilhamento das responsabilidades entre esfera pública e privada sobre a diversidade de valores difusos e coletivos presentes nas sociedades hodiernas. Estão incluídos nesta categoria os direitos ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, à preservação do patrimônio genético, ao patrimônio cultural, do consumidor, enfim, todos aqueles nos quais a titularidade é coletiva ou difusa, denominados (meta) transindividuais, sendo a listagem não exaustiva.

Há uma confusão sobre o alcance das espécies *interesse coletivo* e *interesse difuso* do gênero direitos e interesses (meta) transindividuais. Em grande medida, ela é aplacada pelas definições normativas do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Porém, é necessário elucidar os sentidos atribuídos a cada um dos conceitos.

Em primeiro lugar, segundo Rodolfo Mancuso (2011, p. 54 e ss.), há três significados usuais para o termo *interesse coletivo*. Um mais ligado aos interesses da personalidade de pessoas jurídicas, como empresas, portanto restritivo. Outro, mais relacionado a conjunto uniforme ou somatório de interesses individuais que corresponderiam à

tutela dos *direitos individuais homogêneos* (artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor) nos quais “o modo do exercício não pode mudar a *essência* dos interesses agrupados que permanecem de natureza individual” (MANCUSO, 2011, p. 56). Por fim, o *interesse coletivo como síntese*, cujos valores são internalizados e com coesão dentro de um grupo, sendo seu exercício indivisível e de titularidade de grupos, categorias ou classes de pessoas como família, partidos, associações, sindicatos, dentre outros (MANCUSO, 2011, p. 65 e ss.).

A doutrina ainda mantém uma divisão entre direitos difusos e coletivos baseada em um aspecto subjetivo da titularidade, e, de outro lado, de um critério objetivo para dimensionamento da circunscrição dos interesses sobre os direitos, isto é, embora ambos sejam indivisíveis, a indivisibilidade pode estar atrelada à indeterminabilidade dos titulares ou à coesão do elo de ligação de um grupo (ZAVASCKI, 2017, p. 41). Ambos são (meta) transindividuais e indivisíveis, mas, no caso dos direitos coletivos, há uma união dos sujeitos titulares baseados em uma relação jurídica entre os membros de uma coletividade ou em face de terceiros numa relação litigiosa (MOREIRA, 2006, p. 118).

Nesse último aspecto, talvez um dos traços mais marcantes dos direitos culturais é a existência de direitos coletivos que “não equivale à soma dos direitos individuais do grupo; ela exige algo mais, já que os grupos são portadores de identidade, um bem comum que funciona como um tipo de copropriedade ou *pro indiviso*” (PEDRO, 2011, p. 46). Por isso, para Loreto Bravo (2014, p. 375), uma coisa é o exercício coletivo de direitos individuais culturais, outra é reafirmar a existência de direitos culturais coletivos compreendidos como direitos de um determinado grupo.

Isso porque, de um lado, os direitos culturais tanto estão interligados com outros direitos humanos no exercício da autonomia individual de cada um, como também na vivência comunitária da alteridade e, igualmente, no contato com outros grupos e formas de viver (BRAVO, 2014, p. 368). De outro modo, cada grupo, coletividade e comunidade têm direitos culturais coletivos sobre suas expressões e conhecimentos, que se atribuem às suas formas de organização social, aos seus modos de saber-fazer e viver.

Porém, essa concepção enfrenta a tese liberal de que apenas os indivíduos são titulares, sujeitos de direitos, portadores de direitos subjetivos. Tanto que, quando se fala em direito coletivo, a primeira noção não se refere propriamente à titularidade, mas à maneira, manifestação, como os sujeitos a exercem, ou seja, em coletividade ou sozinhos (MORENO, p. 2003, p. 192). Esse é o sentido primário para

direitos coletivos do qual fala Boaventura de Sousa Santos (2013a, p. 63).

Não obstante, nos últimos anos, com a reivindicação de direitos das minorias, como povos indígenas, quilombolas, comunidades tradicionais e populações vulneráveis, ampliou-se esse sentido para direitos coletivos de titularidade desses grupos em virtude de seus traços distintivos; “o titular dos direitos coletivos seria o grupo e não os indivíduos que o integram²⁶” (MORENO, 2003, p. 129). As questões fundamentais que se põem são a autonomia, a identidade, o direito à diferença diante de situações de iniquidade e desigualdade que a formulação de direitos individuais não vai resolver. Esse é o cerne da existência de direitos culturais “que só podem ser exercidos coletivamente, como, por exemplo, o direito à autodeterminação” (SANTOS, 2013a, p. 63). O que são os direitos intelectuais de povos e comunidades tradicionais senão espécie de direitos culturais coletivos?

Além disso, há os direitos e interesses difusos, cujos titulares são indetermináveis. Para Rodolfo Mancuso (2011, p. 86-87), a grande diferença para os direitos coletivos seriam de duas ordens: quantitativa e qualitativa. Primeiro, porque os interesses difusos abrangem uma amplitude que é imensurável e pode abranger até a humanidade, ainda segundo ele, o escalonamento dessa coletivização modifica o objeto-base da relação jurídica, que não pode ser aglutinado num único segmento coletivo.

Para Carla Belas (2010, p. 42), os bens (meta) transindividuais podem ser: “a) bens de titularidade de entidade coletiva; b) bens de direitos coletivos com titulares determinados; c) bens de direitos coletivos de titularidade difusa”.

No primeiro caso, se assemelhariam aos bens de propriedade privada de titularidade de pessoas jurídicas, contudo pertencente a um grupo circunscrito e passível de identificação, cujo gozo e proteção são eminentemente coletivos, controlados por interesses corporativos como associações, entidades e conjunto de empresas nos quais, por serem privados, podem ser objeto de alienação e transmissão.

No segundo, um grupo social exerce sobre o bem alguma espécie de domínio, porém, ainda que não possua qualquer tipo de exclusividade, pode condicionar “restrições de uso/produção voltadas ao atendimento de interesses comuns. Trata-se de um direito inalienável, indivisível, intransferível e imprescritível” (BELAS, 2010, p. 42).

Na terceira e última hipótese, o bem (meta) transindividual

²⁶ Tradução livre do original em espanhol: “[...]el titular de los derechos colectivos sería el grupo y no los individuos que lo integran”.

pertence a número variado ou amplo de grupos, comunidades, cuja extensão indetermina a titularidade. Para Carla Belas (2010, p. 42), não se trata de dizer que os bens não têm titulares, para colocá-los sob a chancela de um domínio público como o previsto na Lei de Direitos Autorais, mas apenas afirmar que, embora indetermináveis, eles existem. As duas últimas definições interessam para a compreensão das dimensões protetivas do instrumento de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, o Registro.

Há, nessa classificação, outra chave-interpretativa para sobreposição de direitos culturais sobre bens culturais materiais e imateriais. A Constituição de 1988 positiva o direito ao patrimônio cultural protegido, como um direito fundamental de todos (RODRIGUES, 2008, p. 147; SOARES, 2009, p. 109-110), porém ele se trata de um bem difuso (titularidade indeterminada) ou bem coletivo (titularidade determinada sobre o qual se exerce algum tipo de controle e domínio)?

Quando um imóvel de propriedade individual é declarado, mediante tombamento patrimônio cultural material, sobre ele recai um interesse público do Estado e da sociedade, tornando-o repositório de um interesse difuso em razão do valor cultural depositado pelas pessoas sobre o bem. A menos que se estivesse tratando de desapropriação, o dono do bem não perde o direito à propriedade sobre o imóvel, porém ele estará sujeito a limitações de interesse sociocultural que o vinculam a restrições, em função de um interesse difuso de titularidade indeterminada sobre aquele valor que justificou a proteção. Sobre o mesmo bem há uma titularidade individual, bem dizer do suporte material, e uma titularidade difusa relacionada ao atendimento de direitos culturais como acesso e fruibilidade. Tem-se sobre um mesmo suporte interesses e direitos distintos a partir da manifestação do interesse público que precisam ser equilibrados pela legislação, a fim de que nem se restrinjam absolutamente os direitos do proprietário, tampouco se anulem os direitos culturais de toda coletividade.

Na ótica de Francisco Luciano Lima Rodrigues (2008, p. 47), há a coexistência de dois sujeitos de direito, um que exerce seu domínio sobre a coisa, outro (indeterminado) que adquire com o ato administrativo formal de tombamento um direito à fruibilidade. Nessa acepção, não importa o domínio sobre o suporte, há sobre o bem um direito individual, privado, e um direito difuso, que o sujeita a restrições em nome do interesse público.

De outro modo, essa sobreposição pode ocorrer com bens de outra natureza, em que é difícil precisar a dominialidade sobre eles. Isso porque

não estão materializados em coisas. Ainda que seus suportes sejam intangíveis, é complexo aquilatar seus contornos; são os chamados bens culturais imateriais.

A Constituição Federal de 1988 diz que os bens culturais imateriais, referências culturais portadoras da memória, identidade e das ações dos grupos formadores da sociedade brasileira, integram o patrimônio cultural. Pela própria definição do *caput* do artigo 216, o valor de referência para que um bem cultural componha o patrimônio é, primeiramente, *primário, imediato e direto*, associado a um dos grupos que formam a sociedade, ou seja, ele pode ser particularmente referente a uma coletividade específica, sobre ele recair direito coletivo. Em uma segunda circunstância, concomitante, por integrar a sociedade brasileira, o bem cultural referenciado pelo grupo é alçado ao interesse difuso da sociedade.

Sobre o bem cultural imaterial valorado pelo grupo, podem recair também poderes e controles coletivos sobre seus usos e condições de acesso e exploração. Isso quer dizer que, a depender da circunstância, sobre o patrimônio cultural podem se sobrepor direitos coletivos e direitos difusos. É o caso das expressões e conhecimentos tradicionais vinculados às culturas de povos indígenas, comunidades e grupos tradicionais que têm o bem como integrante de seus modos de vida particular, sobre os quais exercem seus direitos originários ou costumeiros. Se esses bens expressam ou estão atrelados a coletividades ou grupos determinados, passíveis de reconhecimento, esses grupos terão direitos coletivos sobre eles. Se forem compartilhados ou disseminados indistintamente por vários grupos ou coletividades, a ponto de não poder identificar seus sujeitos, então estar-se-ia diante de um direito cultural difuso.

Além disso, pode ocorrer situação na qual um bem cultural imaterial coletivo seja reconhecido e declarado por instrumentos e mecanismos constitucionalmente previstos, formalmente, como patrimônio cultural. Nesse caso, o interesse público depositado sobre o bem imaterial faz nascer um direito cultural difuso da sociedade sobre ele, mas não anula ou limita a natureza coletiva do bem para seus titulares, isto é, para coletividades específicas como povos indígenas, grupos e comunidades tradicionais. Isso também não põe o bem coletivo em domínio público. Para Eliane Moreira (2006, p. 120-122), tendo em vista os conhecimentos tradicionais do PCI que acompanha este raciocínio:

Em primeiro lugar, não é possível afirmar que os conhecimentos tradicionais são direitos difusos de *per se*, por outra, tratam-se de direitos coletivos *lato senso*, que marcados pela

transindividualidade, podem, dependendo da ocasião, apresentar-se como direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Muitas vezes, sobre um mesmo conhecimento podem se expressar direitos difusos, coletivos em sentido estrito, ou individuais homogêneos, sem prejuízo do reconhecimento de um sobre o outro. Isso ocorre nas hipóteses do compartilhamento de conhecimentos tradicionais por povos distintos.

[...]

Em sendo coletivo em sentido estrito, quando, por exemplo, apenas uma etnia o detém, deve se converter para o grupo detentor do conhecimento, segundo os ajustes internos de repartição de benefícios. Em sendo direito individual homogêneo (divisível), há que se acordar com o grupo, ainda que os benefícios sejam revertidos individualmente. Como dissemos, pode ocorrer, e não será incomum, a sobreposição de todas essas categorias ao mesmo tempo.

Importa, finalmente, esclarecer que o conceito de conhecimentos difusos quando aplicados aos conhecimentos tradicionais jamais poderá ser confundido com conceito de conhecimento de domínio público, posto que relacionados com um feixe de direitos originários dos povos tradicionais que lhes imprime a marca dos direitos consuetudinários. Ora domínio público é o conhecimento de ninguém, conhecimento difuso é conhecimento de alguém: titulares indetermináveis, mas existentes. Essa mesma lógica se aplica aos

conhecimentos tradicionais disponibilizados em livros, bancos de dados, feiras livres, etc.

Naturalmente, Rodolfo Mancuso (2011, p. 143) admite que tanto interesses coletivos, no sentido estrito, como os interesses difusos, estão interrelacionados; “é possível que estes últimos, num determinado tempo e lugar, ganhem contornos mais nítidos, passem a ser referíveis a um grupo social determinado ou determinável.” Essa mutação extensiva é a que ocorre entre um patrimônio cultural particular de uma comunidade que é declarado, pelos mecanismos formais da Constituição Federal de 1988, como referente à cultura brasileira. De acordo com José Isaac Pilati (2012, p. 120):

A autonomia do bem coletivo implica o

consequente reconhecimento do sujeito coletivo: a Sociedade, rompendo com a dicotomia liberal: indivíduo privado x Estado. A sociedade, como coletividade, é quem ocupa a posição de atriz e protagonista, sempre que se trate de bem coletivo. Disso resulta a afirmação do Direito coletivo em campo próprio de competência, que deflagra processo participativo, específico, e não o processo individualista tradicional. São esferas distintas. [...] Significar elevar o coletivo ao mesmo *status* do privado individualista e com isso redefinir – em campo próprio, conforme dito – o processo, os sujeitos da lide e o direito material coletivos.

No entanto, mais do que mudança de estado nos direitos, pode haver uma sobreposição na qual seja necessário compatibilizar ambos os direitos envolvidos, como no caso da existência de expressões e conhecimentos tradicionais reconhecidos pelo Poder Público diante de sua relevância, mas cujos detentores desses saberes e práticas têm sobre eles outros direitos, que justificam algum controle ou medida contra intervenção de terceiros.

É como se verá na Arte Kusiwa dos índios Wajãpi. Seus grafismos são expressões culturais tradicionais, sobre as quais o povo indígena exerce o controle e domínio sobre os usos por terceiros. Tem-se um direito cultural coletivo ao patrimônio cultural imaterial. A Arte Kusiwa, por outro lado, foi reconhecida e valorizada por sua continuidade histórica e, por ser relevante nacionalmente, foi declarada patrimônio cultural brasileiro. Toda sociedade brasileira tem um direito difuso sobre a arte, respeitados os direitos culturais coletivos dos Wajãpi.

A proteção jurídica do patrimônio cultural tem a finalidade de garantir a preservação da memória dos valores plurais que compõem a sociedade brasileira, cuja fruição e acesso por parte dos seus titulares devem ser resguardados pelos instrumentos, procedimentos e garantias disponíveis na própria Constituição Federal de 1988 (artigo 216 e parágrafos; artigo 5º, LXXIII) e na legislação infraconstitucional que os regulamenta. Segundo Inês Virgínia Soares (2009, p. 110), somente a tutela adequada dos bens culturais materiais e imateriais pode criar condições livres e igualitárias para que os direitos culturais sejam exercitados, sendo indispensável a atuação conjunta do binômio Estado-sociedade, bem como a responsabilidade compartilhada com sua proteção, já que se trata de direito (meta) transindividual.

A partir dessa constatação, infere-se ainda que o direito à

salvaguarda dos bens culturais influencia a efetivação dos demais direitos culturais. Ao Estado e à sociedade como todo é atribuído o dever dessa preservação.

Além dessa tríade clássica, há várias teses sobre a existência de direitos fundamentais de quarta ou quinta dimensão. Os avanços contemporâneos qualificam o direito à democracia, ao pluralismo e à informação enquanto direitos de quarta dimensão (BONAVIDES, 2010, p. 571).

No âmbito dos direitos culturais, a quarta dimensão relaciona-se com o direito de participar ativamente da vida cultural do país, bem como das instâncias definidoras das práticas de gestão e das políticas culturais, respeitados o pluralismo e a diversidade da sociedade brasileira. São exemplos de elementos constitutivos do Sistema Nacional de Cultura, que positivam os mecanismos de representação de interesse na seara cultural, os processos decisórios atinentes aos conselhos, fóruns, consultas públicas, conferências, planos e orçamento, em todas as instâncias federadas (artigo 216-A da CF/88).

Por fim, cabe ainda dizer que as normas de direitos fundamentais tanto possuem uma dimensão subjetiva quanto objetiva, independentemente da dimensão na qual venham a ser enquadradas. Isto é, os direitos prestacionais também possuem um *status negativus* que os protegem das agressões advindas dos poderes públicos e dos particulares, diante da posição subjetiva de seus titulares, funcionando como verdadeiros direitos de defesa, assim como também as liberdades e demais direitos individuais, para serem exercidos plenamente, dependem da institucionalização jurídico-fática de medidas que criem ambientes favoráveis ao seu gozo, que reclamam necessariamente atuações positivas por parte do Estado, inclusive para sua proteção (SILVA, 2007, p. 34-36).

Sob a ótica dos direitos fundamentais da Constituição de Portugal de 1976, Vasco Pereira da Silva (2007, p. 114) decompõe as vertentes negativa e positiva nas dimensões subjetiva e objetiva:

- uma dimensão negativa, que protege os seus titulares de quaisquer agressões provenientes de entidades públicas ou privadas, e uma dimensão positiva, que obriga à actuação dos poderes públicos para a sua concretização;
- uma dimensão subjectiva, enquanto direitos subjectivos públicos, e uma dimensão objectiva, como princípios jurídicos ou como estruturas objectivas da sociedade.

Enquanto direitos subjetivos, os direitos culturais garantem aos

seus titulares a proteção contra violações por parte do Estado, assim como também lhe exigem o dever de intervenção positiva, expresso na Constituição para assegurar-lhes o fomento e o apoio, e a tutela estatal defensiva diante das infrações privadas. Por conseguinte, vistos sob o viés objetivo, funcionam como: 1) normas de competência negativa ao servir de parâmetro de aferição da constitucionalidade das leis, vinculando e conformando os poderes; 2) princípios jurídicos na hermenêutica constitucional orientadora da execução das ações estatais que sempre deverão ser compatíveis entre si e otimizá-los; e 3) por fim, as tarefas e fins do Estado expressos nas normas programáticas como condição de realização, por parte dos entes públicos, das políticas culturais duradouras (SILVA, 2007, p. 115-131).

Ademais, segundo a teoria dos custos dos direitos (HOLMES; SUNSTEIN, 2011), todas as dimensões jurídicas fundamentais dependem de pressupostos orçamentários, obtidos por meio da arrecadação de tributos, para garantir sua exigibilidade. Afinal, um Estado débil é incapaz de proteger qualquer bem jurídico demandado em face de outrem, se não puder aparelhar o funcionamento dos remédios, procedimentos e instituições que o amparem. Assim, de certa forma, todos os direitos são positivos e necessitam da atuação governamental.

Desde esta perspectiva, a liberdade de expressão não requer simples que o governo se abstenha de intervir, porque manter os espaços públicos abertos em geral acarreta gastos públicos nada insignificantes, o que pressupõe arrecadação de impostos obrigatórios e também gastos²⁷ (HOLMES; SUNSTEIN 2011, p. 132).

Reforça-se, a partir dessas constatações, que os direitos culturais não são somente direitos prestacionais, porém mesmo os direitos individuais relacionados à cultura têm uma vertente positiva.

Além dos direitos culturais previstos na Constituição Federal, há direitos humanos incorporados como fundamentais pelo ordenamento. Não obstante a presença dos direitos e garantias fundamentais relativos à cultura na Constituição brasileira, a inserção do país no contexto

²⁷ Tradução livre do original em espanhol: “Desde esta perspectiva, la libertad de expresión no requiere simplemente que el gobierno se abstenga de intervenir, porque mantener los espacios públicos abiertos por lo general conlleva gastos públicos nada insignificantes, lo que presupone recaudación de impuestos obligatorios e también gastos”.

internacional pauta-se pela prevalência dos direitos humanos nas suas relações com as demais nações, conforme o seu artigo 4º, inciso II. Isso significa que a cláusula constitucional aberta incorpora ao ordenamento jurídico os princípios dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, segundo a redação do § 2º do artigo 5º da Constituição de 1988.

Com a mudança introduzida pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, através da EC nº 45/2004, reacendeu-se no Brasil o debate sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos. Antes da Emenda, havia o entendimento no Supremo Tribunal Federal, apesar de vozes dissonantes a favor de uma *supralegalidade*, que as convenções e tratados de direitos humanos teriam estatura de lei ordinária federal.

Pensava-se que, com a reforma constitucional, se atenderia aos apelos dos movimentos de direitos humanos para consagrar uma hierarquia equivalente a das emendas, mas o dispositivo trouxe exigências para tanto, como o quórum qualificado de 3/5 de cada Casa do Congresso, em dois turnos, e não resolveu a situação dos documentos internacionais de direitos humanos adotados pelo país anteriores à EC/45.

Em sentido dissonante, houve setores da doutrina, de acordo com André de Carvalho Ramos (2012, p. 36), que entenderam que, apesar disso, o § 2º do artigo 5º da CF/88 conferiria *status constitucional* aos tratados de direitos humanos, material e formalmente, e que o rito seria uma espécie de ateste para que possuíssem ou não cláusulas de denúncia. Apesar da objeção de que as normas internacionais de direitos humanos que não passaram pelo rito não seriam formalmente constitucionais, portanto não possuiriam a mesma hierarquia das emendas, Flávia Piovesan (2010, p. 77-82) defende que, por se tratar de normas de direitos humanos e o sistema constitucional de direitos fundamentais ser aberto, convenções e tratados incorporados pelo ordenamento, sem exceção, são materialmente constitucionais.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343-1-SP, em caso relativo à prisão civil do depositário infiel que envolvia a colisão da parte final do inc. LXVII, do artigo 5º da Constituição Federal e do artigo art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), prestigiou a inovação jurisprudencial do Ministro Gilmar Mendes, firmando o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem um caráter especial no ordenamento jurídico, e ocupam um *status* hierárquico entre a Constituição e as demais normas infraconstitucionais, repetindo a tese vencida do Ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus nº 79.785-RJ.

A decisão adotou a teoria do duplo estatuto, que estabelece a *supralegalidade* dos tratados de direitos humanos que não passaram pelo crivo do rito especial e o *status constitucional* para aqueles que obedeceram ao disposto no § 3º do artigo 5º da CF/88. Apesar de emprestar eficácia para afastamento da incidência de quaisquer dispositivos infraconstitucionais que com elas confrontem, o entendimento cria uma falsa hierarquia entre os tratados que desafia outras normas da CF/88, como o artigo 1º, inciso, III, o artigo 4º, inciso II, e o mencionado § 2º do artigo 5º (RAMOS, 2012, p. 238 e ss.).

Embora em decorrência da decisão haja uma opinião predominante de que no Brasil se aceite um bloco de constitucionalidade restrito, ou seja, apenas com os tratados incorporados pelo rito especial, entende-se, de acordo com André de Carvalho Ramos (2012, p. 247), que a recorrência recursiva e interpretativa aos demais tratados e convenções de direitos humanos pelo Judiciário (AGUIAR, 2014, p. 95 e ss.) e demais Poderes, e que a Constituição de 1988 por não excluir de seu regime os princípios e direitos enunciados em tratados de direitos humanos, indicam a existência de um bloco mais amplo. Por essa razão, interpretam-se os direitos culturais da Constituição Federal de 1988 a partir da perspectiva de uma abertura material a normas internacionais de direitos humanos (gerais ou específicas dessa seara).

Atualmente, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo têm a estatura de emenda constitucional. Contudo, ao Tratado de Marraqueche para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para ter acesso ao texto impresso, após atravessar o rito especial, falta apenas o decreto presidencial de promulgação que não obedece, infelizmente, a qualquer prazo, embora, internacionalmente, o Brasil já esteja vinculado por ter realizado o depósito de ratificação na OMPI em 2015.

Dentre os documentos internacionais firmados pelo país, cujo teor reporta-se diretamente aos direitos humanos, nos quais se encontram em seu conteúdo prescrições atinentes aos direitos culturais, estão a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do mesmo ano, promulgada pela Organização das Nações Unidas; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; e o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, que nada mais é do que a carta continental de direitos humanos da América.

Além dos tratados e pactos mais abrangentes dos direitos humanos nos quais é possível identificar direitos culturais, há as diversas

convenções e tratados internacionais específicos da seara cultural, dentre as quais, para se valer do exemplo dos direitos de propriedade intelectual e do patrimônio cultural, estão: a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971; a Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão, de 1961; a Convenção Universal sobre Direito de Autor, de 1952, revista em 1971; Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC), de 1994; a Convenção de Haia para a proteção de bens culturais no caso de conflito armado, de 1954; a Convenção sobre a proibição do tráfico ilícito de bens culturais, de 1970; a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural, de 1972; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003; e a Convenção da Diversidade Cultural, de 2005, todas ratificadas e promulgadas pelo Brasil²⁸.

Apesar do levantamento acima das normas internacionais que reconhecem a cultura como um direito, já ao final da década de 1960 do século passado, a reunião de especialistas sobre direitos culturais como direitos humanos, promovida pela UNESCO (1968), reivindicava que essa categoria era relativamente nova, por uma razão muito simples: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, consagrou como direitos de todas as pessoas – e de responsabilidade dos Estados-membros da Organização das Nações Unidas – a satisfação dos direitos culturais, enquanto cláusula genérica, e, em particular, a participação na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam, e de proteger os interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria (artigo 27).

Nesta fase, embora a comissão tenha admitido o quão difícil é exprimir a cultura em uma definição, os direitos culturais foram associados a um fator de desenvolvimento humano essencial para a superação da pobreza e da opressão política de regimes totalitários.

²⁸ A participação ativa do país no ambiente dos organismos internacionais como a ONU, a UNESCO e a OMPI, faz com que o Estado brasileiro seja parte e signatário de muitos outros documentos internacionais, que não estão aqui enunciados, pois a listagem apresentada não é exaustiva. Além disso, há recomendações e diretivas igualmente importantes produzidas internamente, nos órgãos dos quais participam, que subsidiam também a aplicação dos instrumentos analisados e influenciam a interpretação dos direitos culturais e as políticas culturais adotadas pelos poderes federados.

Assim, direito à cultura, espécie dos direitos culturais que com eles não pode ser confundida, passou a ser sinônimo de difusão de obras intelectuais, acesso aos meios de comunicação, à educação e ao conhecimento. Por isso, havia a já mencionada associação de direito cultural como direito à instrução.

No entanto, antes de representar um rol exaustivo, a amplitude da expressão no âmbito dos textos internacionais que se seguiram à Declaração Universal, como também das próprias prescrições que nela já existiam, não apenas incorpora outros conteúdos aos direitos culturais, também evidencia que a enumeração dos *direitos dos saberes* se trata apenas de uma de suas categorias.

Meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos ser aprovada pela ONU, a IX Conferência Internacional Americana, ocorrida em Bogotá, apresentou ao mundo dois documentos importantes que reconheceram em nível regional os direitos culturais como parcela dos direitos do homem: a Carta de Organização dos Estados Americanos e a Declaração de Direitos e Deveres do Homem. Em seu artigo 48, a Carta da OEA estabeleceu que os Estados membros da organização assegurariam o gozo dos bens da cultura à população de seus territórios e promoveriam o emprego dos meios de difusão para o atingimento deste propósito. Já o artigo XIII da Declaração Americana praticamente é um anúncio do que viria a ser o artigo 27 da Declaração das Nações Unidas (MORENO, 2003, p. 101-102).

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, ampliou a dimensão de direito individual da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos documentos regionais, em seu artigo 27, ao prescrever às minorias étnicas, religiosas e linguísticas o direito comum a esses grupos de possuir sua própria vida cultural, sua própria religião e idioma. No mesmo ano, os direitos culturais ganharam visibilidade postos ao lado dos direitos econômicos e sociais, enquanto categoria dos direitos humanos, com a aprovação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A inclusão não significou, contudo, uma maior elucidação da identificação dos dispositivos referentes à cultura; a rigor, manteve a situação de indefinição presente ainda nos textos internacionais, ainda que a menção tenha sido um avanço (DONDEERS, 2011, p. 76). O Artigo 15 da aludida norma faz maior referência aos direitos culturais:

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

1. Participar da vida cultural;
2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

§2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

§3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

§4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

Sabe-se que nunca houve uma declaração, convenção ou pacto internacional que versasse exclusivamente sobre direitos culturais, todavia um grupo de especialistas internacionais sobre direitos humanos elaborou uma proposta. Sua principal justificativa e motivação era a de que no mundo as estratégias de desenvolvimento se revelaram inadequadas diante da ignorância relativa aos direitos culturais e sua marginalização.

O percurso sobre os direitos fundamentais (humanos) na Constituição Federal de 1988 e nas normas do direito internacional revela o tempo tribuído no qual os seus titulares o exercitam. Afinal, sem a preservação da memória, não há acúmulo que possibilite a liberdade para criação intelectual e sua comunicação ao público de geração a geração, perpetuando o conhecimento no porvir, tanto para repassá-lo, quanto para superá-lo.

Essa dimensão temporal pode ser vislumbrada também nas circunstâncias históricas que permearam o surgimento dos direitos fundamentais. Diante disso, os direitos culturais são fruto de um processo de acúmulo no que concerne a todos os passos dessa trajetória. Este desenvolvimento se deu de maneira dispersa. A própria Nações Unidas reconheceu essa constatação como um dos fatores. Por isso, a tentativa recente internacionalmente de dedicar uma maior atenção aos direitos culturais por meio de uma relatoria especial.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos culturais fundamentais (humanos) são regidos por princípios que se irradiam para todo o sistema jurídico infraconstitucional. Por não estarem expressos, é necessário identifica-los nas normas da Constituição Cultural brasileira,

ormente na seção constitucional que é dedicada ao campo autônomo da cultura.

1.5 Princípios dos direitos culturais na Constituição Federal de 1988

Ao contrário de outros assuntos, material ou formalmente constitucionais, a Constituição de 1988 não explicita os princípios que norteiam a seara cultural. Contudo, é possível inferir de seu texto princípios implícitos específicos do setor. A identificação desses princípios não exclui os particularmente expressos quanto às garantias institucionais do Sistema Nacional de Cultura e do Plano Nacional de Cultura, dispostos nos incisos do artigo 216-A e no § 3º do artigo 215, visto como particularidades desses princípios mais gerais.

Não se vai aqui, por não ser o propósito, estabelecer definições e diferenças entre regras e princípios para caracterização dessas normas, situações de sua aplicação, ou conciliação na hipótese de colisão. Interessa apenas entender os princípios como enunciados deonticos valorativos, que vinculam as normas infraconstitucionais e a sua produção, e, também, como guia de análise condicionante para a interpretação constitucional (PAIVA, 2015, p. 172). As normas constitucionais da cultura irradiam valores sociais que se aplicam à proteção, promoção, fomento e difusão da cultura, assim também esses valores no ordenamento atuam como mandamentos de máxima efetividade da Constituição.

Francisco Humberto Cunha Filho (2004, p. 65 e ss.) infere os seguintes princípios constitucionais culturais: 1) pluralismo cultural; 2) participação popular; 3) atuação estatal como suporte logístico; 4) respeito à memória coletiva; e 5) universalidade.

O *pluralismo cultural* tem duas facetas: a primeira de cunho antropológico, em que no interior da espécie humana, por sua distribuição natural nos vários espaços do Planeta, formaram-se grupos diversos, cujos valores são responsáveis pela construção da identidade e da personalidade dos indivíduos que os integram (PEDRO, 2006, p. 250-251); a outra, de natureza política, intrincada com a diversidade de ideias e interesses que permeiam o interior e o funcionamento da unidade estatal onde convivem essas diferentes organizações.

Sob a ótica do Sistema Nacional de Cultura (artigo 216-A da CF/88), em ambos o sentido do pluralismo pode ser considerado enquanto parâmetro de configuração do próprio federalismo, a exemplo do que continha na redação originária do artigo 18, § 4º, da Constituição de 1988, modificado pela Emenda Constitucional nº 15/96, que condicionava a

criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios à preservação da continuidade histórico-cultural do ambiente urbano, além da reserva legal e dos procedimentos de consulta prévia à população interessada (CUNHA FILHO, 2000, p. 47).

Na concepção estrita do conceito de cultura, “o espectro do pluralismo” está no âmbito das vertentes da tríade artes – memória coletiva – fluxo de saberes/fazeres e viveres. Este princípio está presente no *caput* do art. 215, contempla a diversidade das manifestações culturais em condições de isonomia e igualdade, limitando o Estado para que não crie uma cultura oficial. Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 48), “[...] não poder haver cultura, imposta, que o papel do Poder Público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meios para que a difusão cultural se fundamente nos critérios de igualdade.” Orienta, ainda, o financiamento e apoio das atividades culturais “como garantia de que não pode haver ditadura de estética e hierarquia de manifestações culturais” (CUNHA FILHO, 2000, p. 106), tampouco o acesso aos recursos como também a representação de interesses no setor devem pautar-se por este valor positivado.

Com a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, somou-se ao pluralismo o princípio da diversidade cultural, que incorpora os elementos de respeito, alteridade e contato entre as expressões culturais do globo. Ela também aparece como princípio específico do Sistema Nacional de Cultura (artigo 216-A, § 1º, inciso I, da CF/88).

O princípio da *participação popular* decorre do próprio regime democrático brasileiro. O Estado, ao encetar as políticas culturais, sejam elas de proteção, fomento e/ou acesso à cultura, não pode prescindir da atividade cidadã, seja pelo indivíduo *per se*, seja por organismos da sociedade civil. É o que se depreende da expressão do art. 216, § 1º, da Constituição Federal: “O Poder Público com a colaboração da comunidade [...]”.

Essa participação vai desde a propositura legislativa, passando pelo ingresso em juízo para a defesa do patrimônio cultural, até o assento dos cidadãos nos órgãos colegiados, nos conselhos da cultura (MIRANDA, 2006, p. 202-203; MARCHESAN, 2007, p. 190-197; SILVA, 2007, p. 74). Aqui, cria-se uma simbiose entre o cidadão, diretamente ou por meio de suas entidades e organizações representativas, e o Poder Público, de direitos e deveres culturais, através da distribuição de poderes e as relações dinâmicas e processuais no interior ou, até mesmo, fora das estruturas administrativas do Estado.

O pilar dos direitos culturais é a liberdade de expressão e de manifestação de qualquer das culturas. O *princípio da atuação estatal, como suporte logístico*, constitui-se como uma garantia de que o Estado não irá intervir arbitrariamente ou ideologicamente de modo a modificar ou adulterar o significado das realizações culturais dos grupos ou dos indivíduos formadores da sociedade brasileira. Ao Estado, é dada a obrigação de pensar meios e fornecer equipamentos que garantam a sustentabilidade de um bem cultural ou a continuação das expressões por si próprias. O fundamento *a priori* da não-intervenção estatal em nada se assemelha com a proposta ultraliberal vivenciada hodiernamente, pois, como bem lembra Francisco Humberto Cunha Filho (2000, p. 50), o que se está a defender é uma expansão da democracia em seu sentido plural para que, posteriormente, não haja controle e policiamento do Estado no fazer cultural.

O século XX está repleto de momentos históricos nos quais o dirigismo cultural (BÓLAN, 2006, p. 23-24) imperou como política de Estado, seja censurando ou perseguindo expressões e manifestações contrárias aos regimes que o legitimaram, seja adotando uma postura oficial da identidade cultural de suas nações.

O chamamento do Estado a agir²⁹ só se justifica em casos previstos pela Constituição Federal na defesa e no resguardo das minorias, do patrimônio público (art. 215, § 1º, e art. 216, § 2º, da Constituição da República de 1988), da ordem econômica etc., ou ainda nas situações em que se violem os direitos culturais e demais direitos fundamentais. Dar suporte não significa “aparelhar” e pôr a serviço os grupos e indivíduos sujeitos dessas expressões das atividades estatais. Nunca é demais lembrar que os realizadores das atividades culturais também têm deveres, isto é, a esfera privada das manifestações culturais ao usufruir dos recursos materiais e humanos do Estado, tem por obrigação publicizar seus frutos e aquinhoar outros segmentos (CUNHA FILHO, 2004, p. 69).

O *princípio da memória coletiva* está intimamente ligado ao desenvolvimento humano do presente com os valores históricos consagrados pelo passado, que não podem ser esquecidos sob pena da própria descaracterização da identidade cultural do país e de seus grupos formadores. Aqui se faz bem nítida a menção à constituição e preservação

²⁹ No caso do tombamento, ou mesmo nos demais mecanismos de limitação do domínio privado, no qual há uma intervenção estatal no direito de propriedade para atender a sua função sociocultural.

de acervos culturais, bem como à sanção para aqueles que fujam da sua responsabilidade de guarda e respeito à memória (art. 216, *caput* e §§ 1º e 4º da CF/88), a fixação de datas comemorativas³⁰ de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2º, da CF/88), a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (art. 216, § 2º, da CF/88), e o tombamento constitucional dos sítios dos detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (art. 215, § 2º, da CF/88).

Com outra denominação, sob o manto da responsabilidade das gerações hodiernas pelas do devir, Marcos Paulo de Souza Miranda (2006, p. 45-47) e Ana Maria Marchesan (2007, p. 155-168) preferem a expressão “solidariedade intergeracional”. David de Oliveira (2009, p. 66) considera a aplicação deste princípio ao patrimônio cultural, em especial sua vertente imaterial, como condição da eficácia de sua salvaguarda:

O princípio da solidariedade entre as gerações, aplicado à proteção do patrimônio cultural imaterial, implica dizer que o cuidado com os bens culturais imateriais deve ser uma pré-compreensão de todas as gerações. Esse princípio, que traz consigo a solidariedade sincrônica e diacrônica, possibilita, além da preservação de matrizes culturais não hegemônicas, a responsabilização de todas as gerações com a continuidade das experiências humanas.

O conflito entre gerações pode impedir a perpetuação de determinado bem cultural, pois de uma geração para outra é possível haver descontinuidades dos padrões culturais em razão do ritmo da tradição e da inovação. Em decorrência desse conflito, o Estado insurge como elemento garantidor não da transmissão da tradição, mas da existência desses conhecimentos para as futuras e presentes gerações. Assim sendo, o princípio da solidariedade intergeracional é o instrumento estatal comunicador e garantidor desses conhecimentos.

No âmbito internacional, bem como em alguns Estados brasileiros, a concretização deste princípio exprime-se por meio de normas, tais como

³⁰ Sobre o direito ao feriado como expressão histórica da identidade cultural do Estado constitucional, ver Peter Häberle (2008).

a Declaração de Tlaxcala, a Recomendação de Nairóbi, a Recomendação de Paris para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, e de legislações que reconhecem os responsáveis pela transmissão do *savoir-faire* da cultura, os chamados Tesouros Vivos. Esses cidadãos ou grupos de pessoas ou coletividades são, em grande parte, responsáveis pela efetivação do princípio constitucional cultural do respeito à memória coletiva e pela difusão dos direitos culturais, em especial o elemento do repasse informal de saberes de geração a geração.

Por fim, registra-se o *princípio da universalidade*, proclamado pela Constituição de 1988, no artigo 215, quando garante a *todos* o exercício dos direitos culturais. Misturam-se nesse princípio tanto a vertente da ação no potencial criativo do ser humano quanto a da fruição dos bens culturais por parte dos diferentes atores sociais (CUNHA FILHO, 2004, p. 67). Em outras palavras, a universalidade preocupa-se com o acesso à cultura.

Outro princípio que emana não apenas do regime político democrático brasileiro, mas da previsão constitucional do Plano Nacional de Cultura, com a Emenda Constitucional nº 48/2005, e do Sistema Nacional de Cultura, com a Emenda Constitucional nº 71/2012, é o da *democratização cultural* ou da *democracia cultural*. Ele se apresenta em dois níveis: um de universalização do acesso aos bens culturais (artigo 215, § 3º, inciso IV, da CF/88), e outro de participação social em processos decisórios do campo cultural (artigo 216-A, § 1º, inciso X, da CF/88).

Suas aplicações são indistintas e podem variar conforme o foco de análise ou mesmo com a definição que se tenha de cultura e de democracia. Antes de se resumir apenas a uma questão terminológica, a diferença em análise é necessária para identificar o alcance e o sentido desse princípio, ou mesmo firmá-lo como fundamento da própria ordem jurídica do Estado brasileiro.

A rigor, o conceito de democratização parece autoexplicativo, porém “[...] vários sentidos podem ser-lhe emprestados: fazer aceder um número maior aos consumos de bens culturais, converter um público às formas simbólicas valorizadas, reabilitar formas populares etc.”³¹ (GREFFE; PFLIEGER, 2009, p. 126). Teixeira Coelho (1999, p. 144-

³¹ Tradução livre do original em francês: “[...] plusieurs sens peuvent lui être prêtés: faire accéder le plus grand nombre aux consommations de biens culturels, convertir un public à des formes symboliques, valorisées, réhabiliter des formes populaires, etc.”.

145) apresenta duas concepções que se opõem às mencionadas expressões acima, diferenciadas em virtude de seus objetivos. Democratização cultural é usualmente referida aos processos de popularização da cultura erudita, partindo-se do princípio de que determinado segmento social não tem e/ou não desejaria ter acesso a certas manifestações ou expressões culturais da chamada classe *culta*, normalmente os modos de viver ou saberes das elites. Geralmente, os instrumentos de ligação entre as classes sociais menos favorecidas e as abastadas são conduzidos por pontes, tais quais programas institucionais, equipamentos e instituições culturais e comunicacionais, eventos etc.

Por óbvio que esse movimento é protagonizado a partir dos interesses dos mercados em ampliar seu lastro de consumidores, transformam a cultura erudita em bens culturais de consumo de massa, com o fito de aumentar a sua clientela – o denominado campo de receptores. Outros valores sequer são mencionados ou mesmo são relegados a um segundo plano. Mas isso não é privilégio exclusivo das indústrias culturais, há modelos de políticas culturais do Estado guiadas para a consecução desta tarefa.

Para essas políticas, a aniquilação das desigualdades existentes entre cultura dominante, a legítima ou única, e dominada opera-se dentro de uma verticalização social em nome da universalidade de certos valores. Verifica-se que, nesse sentido, há uma tendência de homogeneização que pode ser exemplificada com pressões da seguinte natureza: cultura erudita sobre a popular, cultura nacional sobre a local, ou, em tempos de mundialização, cultura global sobre a local.

Esse tipo de *democratização às avessas*, segundo Isaura Botelho (2007, p. 172), parte de dois pressupostos: “o primeiro define que a cultura socialmente legitimada é aquela que deve ser difundida; o segundo supõe que basta haver o encontro (mágico) entre a obra (erudita) e o público (indiferenciado) para que este seja por ela conquistada”. É fato que essa concepção é afeita a um reducionismo econômico na esfera cultural que tenta resolver problemas como os da desigualdade da distribuição dos bens culturais e da falta de espaços para o desenvolvimento da cadeia de produção simbólica. Ignora-se aí, portanto, que são plurais as formas de expressão cultural e, por conseguinte, há várias maneiras de se produzir cultura que podem estar ou não difundidas na ótica mercadológica, bem como que consumo e distribuição desses outros bens que não os dominantes socialmente têm também uma rede de funcionamento própria.

Conforme Isaura Botelho (2007, p. 173), os atuais processos de democratização do acesso à cultura devem levar em conta que não há um

único caminho que oriente as políticas e o consumo culturais, a partir da oferta de um conjunto de coisas que determine o gosto do público. São inúmeras as variantes que sopesam, inclusive a produção oriunda exclusivamente do mercado. Da heterogeneidade da cadeia produção-distribuição-consumo nasce, então, a *democracia cultural*.

Dito isso de outra forma, manifesta-se Teixeira Coelho (1999, p. 145), afirmando que os problemas postos por essa segunda visão são outros que não o do aumento do número de consumidores; vai além disso, interessa mais a “[...] discussão sobre quem controla os mecanismos de produção cultural e na possibilitação do acesso à produção de cultura em si mesma”. Esse movimento conceitual está longe de se referir a uma reflexão exclusiva dos estudos culturais, pois, no campo das políticas públicas de cultura, tem sido erguido enquanto bandeira de reivindicação das demandas dos diversos segmentos do setor e da população em geral. Em síntese, confirma este posicionamento Alexandre Barbalho (2008, p. 5, grifo original em itálico), através de estudo realizado sobre as possibilidades da democracia cultural na cidade contemporânea:

A questão que se coloca é pensar como as políticas culturais na cidade podem passar da defesa da ‘democratização da cultura’, ou seja, de tornar acessível a cultura para as massas por meio do consumo, meta defendida por organismos governamentais a partir dos anos 60, para a implantação da ‘democracia cultural’, que significa democratizar o acesso da população a todas as etapas do sistema cultural (formação, criação, circulação, fruição). Ou seja, como superar as políticas culturais elaboradas a partir dos *experts* e da lógica administrativa, visando prioritariamente o indivíduo consumidor, em prol de políticas que atendam às demandas dos cidadãos e de seus movimentos.

Embora distintas as noções de democratização cultural e democracia cultural apresentadas, Humberto Cunha (2009) critica ambas as conceituações, pois reduzem a relação entre cultura e democracia a uma figura de linguagem: a metonímia. Assim, ela é definida pela designação da parte pelo todo; a democracia é substituída pela universalização do acesso a uma maior quantidade de pessoas possíveis. Como visto, a *universalidade* é um princípio constitucional implícito dos direitos culturais, extraído do *caput* do artigo 215 da Constituição de 1988.

Na verdade, além de, no Estado Democrático de Direito brasileiro e nos documentos jurídicos internacionais acerca da cultura, esse princípio conviver com outros tão igualmente relevantes, importando que ele não se assemelha por si só à democracia cultural, a universalização do acesso a bens materiais, sejam culturais ou de outra natureza, para redução de desigualdades econômicas, sociais e culturais, não é instrumental exclusivo dos regimes democráticos.

Esquece-se que à aplicação do universalismo do acesso e dos outros princípios (pluralismo cultural, participação popular, respeito à memória coletiva, atuação estatal como suporte logístico, cooperação federativa e internacional, diversidade), soma-se a ideia de que a democracia também é uma técnica de poder pela qual se adotam vários mecanismos de deliberação acerca de uma matéria, no caso a cultura, pelo soberano: o povo. É claro que as maneiras modificam-se de acordo com o âmbito de organização política (CUNHA FILHO, 2009).

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 é que fornece as bases e os pressupostos da democracia cultural, como pode-se observar na própria arquitetura do Sistema Nacional de Cultura. Para tanto, não se pode enxergar os indivíduos apenas como consumidores, mas como cidadãos imersos nas tensões políticas antagônicas de classes e de grupos. Sem as armas para o exercício da cidadania cultural nas regras do jogo, não há uma verdadeira democracia cultural.

Dados os pressupostos, põem-se às claras os instrumentos de participação na democracia cultural que se pode acionar pelos cidadãos na defesa, produção ou fomento de seus interesses culturais, citados por Humberto Cunha (2009). São eles: o próprio sistema representativo dos poderes e do Ministério Público; o sistema representativo específico do setor que evidencia tanto a autonomia e administração dos interesses próprios do segmento quanto o respeito à vontade geral, através dos conselhos; fóruns, conferências etc.; as ações individuais, por meio do direito de petição ou de processos judiciais, ou comunitárias, caso das associações e fundações de inserção social; e através das formas de democracia direta. Eduardo Nivón Bolán (2006, p. 86) demonstra que as noções até então aqui apresentadas são distintas, mas suplementam-se: O autor:

‘Democratização da cultura’ e ‘democracia cultural’ são duas noções complementares que, ao enfatizar aspectos distintos, produzem diferentes expressões das políticas públicas de cultura. A participação da sociedade nas definições dos planos culturais supõe a criação de instituições

culturais que integram em seus organismos aparatos de informação e consulta. Também supõe uma visão distinta do campo cultural, pois a participação dos cidadãos na definição das políticas culturais leva em geral a contemplar outros campos³².

Os conceitos particularizados pelos vários teóricos dos estudos culturais não são excludentes. Antes privilegiam, cada qual, um aspecto ou mais da democracia cultural, em detrimento de um ramo da democratização cultural interessado somente nas relações de produção e consumo de bens culturais. Dentro desse espectro de análise, o constitucionalista José Afonso da Silva (2001, p. 209, grifo em itálico original) sintetiza em três feições as visões já delineadas:

[...] por um lado, *não tolher a liberdade de criação, expressão e de acesso à cultura*, por qualquer forma de constrangimento ou de restrição oficial; antes, *criar condições para a efetivação dessa liberdade num clima de igualdade*; por outro lado, *favorecer o acesso à cultura e o gozo dos bens culturais à massa da população excluída*.

Por óbvio que se se pretende, em termos gerais, proceder a uma investigação sob a ótica da Constituição de 1988 e suas implicações democráticas, não se pode deixar de recorrer a uma ou outra definição, a um só tempo, de maneira indistinta e, a outro, conectada.

A Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais afirma que a diversidade cultural é essencialmente humana e importante para a realização dos direitos humanos e outras liberdades fundamentais, bem como conclamando os Estados signatários a proteger e promovê-la. Por meio dos seus princípios diretores e os direitos e obrigações pactuados, a Convenção é firme quando, em seus

³² Tradução livre do original em espanhol: “‘Democratización de la cultura’ y ‘democracia cultural’ son dos nociones complementarias, que al enfatizar aspectos distintos producen diferentes expresiones de las políticas públicas de cultura. La participación de la sociedad en las definiciones de los planes culturales supone la creación de instituciones culturales que integren en sus organismos aparatos de información y consulta. También supone una visión distinta del campo cultural, pues la participación de los ciudadanos en la definición de las políticas de cultura lleva por general a contemplar otros campos”.

considerandos, lembra a todos que a diversidade só pode florescer em um *ambiente de democracia* na qual tolerância, justiça social e mútuo respeito entre povos e culturas convivam harmonicamente, tendo em vista a paz e a segurança no plano local, nacional e internacional.

Entretanto, esse esforço de relacionar cultura e democracia, bem como dimensionar-lhes essa interação a partir da diversidade não é totalmente novo; é fruto de um processo mundial, que já dava sinais sólidos na década de 1980 do século passado.

Antes de se preocupar somente com o âmbito dos laços entre desenvolvimento, economia e cultura, a Conferência Mundial sobre Políticas Culturais – MONDIACULT, ocorrida no México, em 1982, já traduzia, em suas conclusões, preocupações atinentes à democratização das políticas culturais e à diversidade cultural, sob os seguintes aspectos em destaque: a) a reafirmação do direito humano à liberdade cultural; b) o pressuposto de que na democracia cultural haja participação do indivíduo e da sociedade tanto no processo de criação quanto no de decisão sobre os processos de difusão e fruição de bens culturais; c) a descentralização das políticas, dos espaços e da vida cultural, nos planos territoriais e administrativos; e d) a eliminação de todas as barreiras e desigualdades existentes, com o fito de garantir a participação de todos na vida social. No Brasil, nessa mesma época, alguns anos depois, esse documento será um dos que pautarão os debates sobre cultura na Assembleia Nacional Constituinte.

A participação social, ao lado da ação do Estado, segundo a Convenção da Diversidade Cultural das Expressões Culturais, é um recurso importante para que o seu texto saia de uma previsão jurídico-formal para um plano prático, no qual novos e antigos sujeitos – mais aqueles do que esses – protagonizem sua concretização e a ampliem.

O fator de dinamicidade democrática é depositado na mobilização, seja no plano nacional ou internacional, das várias redes e organizações sociais dos cidadãos e na avaliação de sua efetivação, mediado por diálogos e negociações, tendo em vista a multiplicidade dos interesses envolvidos, às vezes em disputa (v.g. propriedade intelectual). Essa tentativa de convergência não é uma fuga dos conflitos e divergências dos interesses culturais existentes, em particular os das indústrias culturais transnacionais e do capitalismo com os novos sujeitos culturais de direitos (v.g. minorias, culturas locais), mas uma forma de conhecê-los e enfrentá-los com o instrumental fornecido pela Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.

Além dos princípios, as normas constitucionais da cultura trazem em seu bojo fins, planos e tarefas estatais que contêm diretrizes

programáticas. Elas também vinculam os Poderes para que elejam os meios para o atendimento de determinados objetivos sociais. Estas normas são instrumentais para as *políticas culturais*. Para sua concretização, é necessária a adoção de medidas por parte do Legislativo e do Executivo e, igualmente, quando o caso, pelo Poder Judiciário.

Políticas culturais são conjuntos coordenados de ações e estratégias, baseadas nos fins e tarefas estipulados pelos marcos legais do ordenamento jurídico para a seara, formuladas, planejadas e executadas, administrativa e financeiramente, pelos Poderes Públicos, em colaboração com os diversos agentes da sociedade, através de instrumentos normativos e de gestão, cujos objetivos principais são garantir o gozo do exercício pleno dos direitos culturais por meio de intervenções que fomentem, apoiem e incentivem a diversidade das manifestações e expressões humanas, assim como promovam o acesso aos bens e serviços culturais e salvaguardem o patrimônio cultural.

O fundamento da política cultural é o reconhecimento de direitos culturais. Nivon Bólan (2006, p. 113) alude o alicerce das políticas culturais a um direito à cultura. São maneiras de concretizar os princípios dos direitos culturais. Essa efetivação também não dispensa medidas protetivas e assecuratórias contra ações e omissões violadoras dos Poderes Públicos e do poder privado em virtude de agressões aos direitos culturais. As mais frequentemente evocadas são as de natureza processual, como os remédios constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública e as ações de constitucionalidade, que tanto protegem direitos individuais quanto coletivos.

Em termos de garantias institucionais, as modificações pelas quais a seção da cultura passou, com as Emendas Constitucionais nº 42/2003, nº 48/2005 e nº 71/2012, trouxeram três medidas importantes de natureza estruturante como a possibilidade de vinculação facultativa de recursos dos Estados e do Distrito Federal para financiamento de programas e projetos culturais, o Plano Nacional de Cultura e a arquitetura do Sistema Nacional de Cultura.

Esses princípios são normas mandamentais que se dirigem a todas as searas do campo da ordenação constitucional da cultura na Constituição Federal de 1988. São protetivos e empregados na tutela dos direitos individuais culturais, mas também na dos direitos culturais transindividuais, como o patrimônio cultural. Nesse último sentido, os mecanismos e instrumentos em defesa do patrimônio cultural não apenas protegem e reconhecem bens culturais que dele fazem parte, mas, igualmente, os sujeitos para quem são referências culturais.

Dessa feita, o patrimônio cultural é um fator de identificação de dimensões valorativas da memória e da identidade, assim como um motor para novas criações e para as liberdades culturais. Das categorias do patrimônio, a do imaterial é menos desenvolvida juridicamente, apesar de a imaterialidade (valor) para os direitos culturais ser o terreno que legitima declarações e postulações de pretensões jurídicas de sujeitos de direitos historicamente invisibilizados ou sem acesso aos recursos materiais necessários à sobrevivência e manutenção das suas formas de vida, e da qual emana o direito objetivo da cultura.

Por isso, é necessário analisar a proteção do patrimônio cultural como garantia de realização dos direitos culturais, mormente dos sujeitos coletivos para os quais estes bens são referentes. Nesse caminho, os bens culturais imateriais são portadores de interesses jurídicos das coletividades que extrapolam a preservação de valores do passado, mas se constituem veículo para reconhecimento de outros direitos associados ao seu patrimônio cultural presente, vivo, do cotidiano, mutável e transformador, como os intelectuais sobre suas expressões e conhecimentos tradicionais.

1.6 As dimensões do (direito ao) patrimônio cultural

O direito ao patrimônio cultural é um dos prolongamentos dos direitos culturais. Sua garantia representa um legado das gerações presentes para as gerações futuras. Sua proteção, além de estabelecer esse elo, cria laços de solidariedade em torno de uma memória coletiva comum, sobre a qual se devem satisfazer as necessidades culturais para o completo desenvolvimento humano, individual e coletivo, em condições de equidade e equilíbrio partilhadas entre as sociedades do passado, presente e futuro. A partilha dessa memória representativa estabelece e fortalece a identidade cultural de uma pluralidade de grupos e referencia seus valores na convivência em alteridade e no respeito à diversidade cultural humana.

Como direito cultural fundamental, o patrimônio cultural tem uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Na primeira, o direito ao patrimônio cultural é de titularidade individual de uma pessoa ou de um grupo específico, podendo ser acionado contra ingerências do Estado na defesa de suas manifestações e expressões para garantia de suas liberdades culturais. Na segunda, reconhece-se que o patrimônio cultural é em si um instituto juridicamente protegido por representar os valores culturais da sociedade brasileira, vinculando normas infraconstitucionais e orientando a interpretação jurídica (SOARES, 2009, p.108-109). Nesse sentido, de

continuidade e transmissão dos valores e da memória coletiva de uma geração a outra, a proteção do patrimônio cultural desponta como dever do Estado para assegurar à geração futura os benefícios individuais e coletivos da fruição e do acesso aos bens culturais.

Ainda como dimensão objetiva, esse dever se desdobra em tarefas subsidiadas por instrumentos, mecanismos e recursos, cujo emprego é sistematizado na forma de políticas culturais. O dever de proteger o patrimônio cultural, ou seja, a função que os instrumentos e mecanismos de preservação, conservação e salvaguarda de bens culturais desempenha é, ao fim, uma garantia do direito fundamental cultural ao patrimônio cultural. A proteção de bens culturais em si mesma é uma obrigação que leva em consideração a dimensão subjetiva dos direitos culturais de pessoas e comunidades, a relação destas com o próprio objeto da proteção que se desdobra em novas fontes de produção, reprodução e formação cultural. Essa dupla dimensão confere ao direito ao patrimônio cultural uma exigibilidade jurídica tanto de respeito à diversidade cultural representativa das referências culturais, quanto de acessibilidade e fruibilidade (PAIVA, 2015, p. 42).

As dimensões subjetiva e objetiva recaem sobre formas distintas do patrimônio cultural, ou seja, em como os bens que integram o seu conjunto se apresentam. Por isso, o *caput* do artigo 216 dicotomiza o patrimônio entre bens de natureza material e imaterial portadores de referência cultural para a diversidade dos grupos que compõe a sociedade brasileira, exemplificando, em uma lista enumerativa não exaustiva, algumas de suas representações mais corriqueiras (formas de expressão, modos de fazer, criar e viver, edificações, sítios históricos etc.). As dimensões material e imaterial compõem o conteúdo substancial das normas de proteção ao direito fundamental ao patrimônio cultural. Essas dimensões conteudísticas não são absolutas ou incomunicáveis, apesar da aparente oposição e distanciamento; são interdependentes, mas há bens culturais cujos elementos preponderantes pertencem a uma categoria e não a outra. Como visto, isso é determinante para o Estado empregar os instrumentos corretos e adequados na proteção do patrimônio, bem como encetar as políticas culturais necessárias a sua preservação.

Essa divisão sem precedentes na história constitucional brasileira não foi criada pela Constituinte para desvelar supostos antagonismos entre as duas naturezas, mas para, diante do histórico da política de proteção do patrimônio cultural no Brasil, dar maior destaque e relevância aos bens culturais imateriais. Até então, proteção do patrimônio cultural

era sinônimo de tombamento³³ de bens materiais; então móveis e imóveis, bens corpóreos, ocupavam lugar central na atenção do Estado. Em verdade, o uso do mecanismo do tombamento sobrepujou a própria natureza dos bens que tutela, e o verbo da ação protetiva estatal, de instrumento passou a ser confundido com o objeto que justifica sua existência. Segundo Sônia Rabello de Castro (2009, p. 19):

Comumente, costuma-se entender e usar como se sinônimos fossem os conceitos de preservação e de tombamento. É importante, porém, distingui-los, já que diferem quanto aos seus efeitos no mundo jurídico, mormente para apreensão mais rigorosa do que seja o ato do tombamento. Preservação é o conceito genérico. Nele podemos compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma Nação. É importante acentuar esse aspecto já que, do ponto de vista normativo, existem várias possibilidades de formas legais de preservação. A par da legislação, há também as atividades administrativas do Estado que, sem restringir ou conformar direitos, se caracterizam como ações de fomento que têm como consequência a preservação da memória. Portanto, o conceito de preservação é genérico, não se restringindo a uma única lei, ou forma de preservação específica.

A vertente imaterial do patrimônio foi uma das novidades trazidas pela Constituição de 1988 junto com a terminologia direitos culturais para sua garantia como direito de todos. O artigo 216 da Constituição trata isonomicamente as duas dimensões substanciais do patrimônio brasileiro. O fundamento histórico da previsão está associado com a ampliação do conceito de patrimônio cultural para incluir bens cuja referência cultural é legitimada por grupos sociais marginalizados, excluídos ou vulnerabilizados pela política cultural de preservação que, durante muito tempo, privilegiou a preservação de bens culturais valorizados pelas elites e classes sociais mais abastadas da sociedade brasileira, assim também

³³ O octogenário tombamento foi criado pelo Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937, no início do Estado Novo de Vargas. Está vigente até hoje, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei ordinária. Sobre o tombamento, dedicar-se-á notas conceituais e o âmbito de aplicação no segundo capítulo sobre a história da preservação do patrimônio cultural no Brasil.

pelos técnicos e intelectuais que a conduziram dentro da organização administrativa do Estado, selecionando e separando os bens merecedores de proteção, diferenciando-os das expressões da cultura sem excepcionalidade, despidas de autenticidade ou não vinculadas a fatos vultosos, notáveis e memoráveis de personagens históricos relacionados à demonstração de poder desses atores.

Somente com a organização de movimentos sociais, de povos indígenas, de grupos afrodescendentes, de comunidades tradicionais e organizações não-governamentais, em prol da cidadania ativa e da ampliação de direitos fundamentais na Constituinte, impulsionada por mudanças internacionais protagonizadas por países tidos como periféricos ou ex-colônias europeias, e por projetos pontuais da Administração brasileira para a cultura popular, é que houve a inclusão dessa outra dimensão do patrimônio cultural na Constituição. Essa reivindicação inclusiva não se relacionou apenas com natureza dos bens, mas com maior abrangência dos valores que justificassem a proteção. De outro modo, o campo patrimonial englobou outros sujeitos na prática da preservação. Não à toa que o artigo 215, § 1º, da Constituição protegeu constitucionalmente as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, ou o artigo 216, § 5º, tombou os documentos e os sítios históricos dos quilombolas.

Assim, vê-se que a origem e o horizonte da face imaterial do patrimônio não deixam de ser o princípio da igualdade, mormente a igualdade material e o valor comunitário da dignidade, onde, face ao pluralismo cultural, todos os bens culturais referentes são merecedores de proteção, porque os sujeitos para quem têm valor também o são. Igualmente, também fruto do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988, diante do princípio da participação popular, as ações de proteção estatal só serão legítimas se realizadas em colaboração com a comunidade. De certa forma, a ampliação dos instrumentos e mecanismos mencionados constitucionalmente é um reflexo da abrangência do conceito de patrimônio cultural.

Dentro do conceito abrangente do *caput* do artigo 216, o patrimônio cultural abriga bens culturais formalmente declarados por esses mecanismos e instrumentos como reveladores do interesse público na proteção, ainda que em graus distintos, bem como os bens culturais reais, nos quais, inobstante a inexistência de instrumento protetivo sobre o bem, a própria comunidade o reconhece como tal, pois o valora (MIRANDA, 2006, p. 54-55). Dessa forma, como previsto constitucionalmente, o critério para sua proteção se assenta na referência

cultural coletiva de quaisquer dos grupos integrantes da sociedade brasileira. Para Maria Cecília Londres Fonseca (2001, p.112, grifo original):

Quando se fala em referências culturais, se pressupõem sujeitos para os quais essas referências façam sentido (referências para quem?). Essa perspectiva veio deslocar o foco dos bens – que em geral se impõem por sua monumentalidade, por sua riqueza, por seu ‘peso’ material e simbólico – para a dinâmica de atribuição de sentidos e valores. Ou seja, para o fato de que os bens culturais não valem por si mesmos, não têm um valor intrínseco. O valor lhes é sempre atribuído por sujeitos particulares e em função de determinados critérios e interesses historicamente condicionados. Levada às últimas conseqüências, essa perspectiva afirma a relatividade de qualquer processo de atribuição de valor – seja valor histórico, artístico, nacional etc. – a bens, e põe em questão os critérios até então adotados para a constituição de patrimônios culturais, legitimados por disciplinas como a história, a história da arte, a arqueologia, a etnografia etc. Relativizando o critério do saber, chamava-se atenção para o papel do poder.

Não obstante a existência de bens culturais reais, formalmente eles só integram o patrimônio cultural *strictu sensu*, compreendido como conjunto de bens culturais protegidos por qualquer dos mecanismos ou formas de acautelamento exemplificados pela Constituição de 1988, quando alcançados por um dos instrumentos de proteção. Na perspectiva de Mário Pragmácio (2010, p. 17), um bem é uma coisa sobre a qual se refere um valor, não importando se essa coisa é corpórea ou se atine “a tudo que pode ser apreendido ou conhecido pelo pensamento humano, quer real ou imaginário”. Portanto, para haver bem cultural, em sua fórmula, tem de existir atribuição de valor cultural a uma coisa.

Mas, para fins constitucionais, que valores seriam esses? Seriam todos os valores vinculados àquelas matérias expressas na tríade transtemporal dos conteúdos dos direitos culturais. Alguns são mencionados na própria Constituição pelos artigos 215 e 216, mas a abrangência do conceito de patrimônio cultural e a diversidade cultural brasileira permitem a incorporação dos mais plurais valores sociais que justifiquem a proteção de um bem cultural, desde que não violem ou ofendam os demais princípios e regras constitucionais, principalmente

outros direitos fundamentais.

Ainda assim, para integrar formalmente o patrimônio cultural, segundo Mário Pragmácio (2010, p. 21), isto é, fazer parte do conjunto de bens culturais selecionados e “oficiais”, um bem cultural atravessa um processo de patrimonialização no qual o valor cultural depositado pelos sujeitos para os quais têm referência é qualificado uma segunda vez, por critérios técnicos dos órgãos de proteção, em que se atribui qualitativamente novos valores ou se reconhece, através de um mecanismo, o valor que possui para a identidade, a ação e a memória de um dos grupos da sociedade brasileira. Portanto, não basta que o bem cultural tenha valor histórico, simbólico etc. Esse valor tem de possuir referência cultural coletiva, consubstanciada nas condicionantes da identidade, ação e memória; porém, o que define cada uma são as disputas de poder, não obstante nessas relações os discursos das ciências sociais ajudem a preencher o conceito aberto de patrimônio cultural (TELLES, 2010, p. 23). A patrimonialização, no caso, é uma ressonância do valor de referência do bem cultural, apesar da heterogeneidade das formas como pode se apresentar.

Dessa forma, “todo patrimônio cultural é bem cultural, mas nem todo bem cultural é patrimônio cultural. O conceito de patrimônio cultural, portanto, contém o de bem cultural” (TELLES, 2010, p. 23). Segundo Cecília Londres (2005, p. 42), muito embora um bem cultural possua valores de uso, econômico, predominando seu caráter simbólico da identidade coletiva, referente a um grupo, a sua seleção estatal é realizada por técnicas de agenciamento, “de construção e de elaboração, nos motivos são apreendidas referências ao modo e às condições de produção desses bens, a um tempo, a um espaço, a uma organização social [...] cuja definição tem em vista unidades políticas”. De outra forma, para Carlos Magno Paiva (2015, p. 86): “Os bens culturais são aqueles elementos eleitos da cultura entre todas as suas possibilidades, como representativos dos valores culturais de uma comunidade”.

Muito embora aqui se adote uma noção ampliada de patrimônio cultural, como o Registro do PCI é um instrumento *a priori* declaratório de reconhecimento de bem cultural imaterial, trabalhar-se-á a perspectiva da seleção de bens culturais pelos mecanismos enunciados na Constituição Federal de 1988. Nessa acepção, importa ressaltar que a Constituição enuncia as dimensões substanciais do patrimônio e suas naturezas, assim como traduz os elementos de identificação da referência cultural.

Quanto às naturezas dos bens culturais e do patrimônio cultural, se há uma solidificação de uma dessas noções certamente é a de bem cultural

material. Não somente porque, como se verá no 2º capítulo, a trajetória da história da proteção do patrimônio cultural é notada e preponderantemente voltada para a preservação, conservação, restauração e reparação de bens materiais, móveis e imóveis, individuais ou em conjunto, como coleções, sítios históricos, arqueológicos e urbanos, mas porque, na perspectiva dos sentidos humanos, eles são mais palpáveis e perceptíveis. São objetos culturais que têm suportes corpóreos que referenciam os traços culturais dos grupos os quais a Constituição Federal de 1988 menciona.

Já isso não ocorre quando se está diante do conceito de patrimônio cultural imaterial. Primeiramente, a terminologia é empregada sem se ater que os bens culturais imateriais não são absolutamente intangíveis, impalpáveis, intocáveis, pois se apresentam às vezes sob bases materiais ainda que temporárias ou efêmeras, bem como podem estar associados a bens corpóreos ou suas expressões exprimirem produtos, resultados materiais. É certo que a mobilização de bens materiais associados e integrados aos bens culturais imateriais também podem obedecer à temporalidade da ocorrência dos processos nos quais se manifestem formas de fazer, criar, viver, de expressão, porém eles são acessórios, partes integrantes. Por outro lado, esses produtos e resultados podem se constituir em novos bens culturais imateriais em sentido amplo, ou seja, aqueles que fazem parte do patrimônio intelectual e criativo da coletividade (obras intelectuais, livros, músicas, danças etc.), mas não foram reconhecidos ou declarados como integrantes do patrimônio cultural *strictu sensu*.

Além disso, não raro o conceito de patrimônio cultural imaterial é usado como sinônimo de cultura tradicional ou popular³⁴, uma de suas formas de se exprimir, porém associadas à noção da cultura de uma classe social em particular. De resto, é substituído pela expressão patrimônio oral, uma das maneiras pelas quais se dá sua transmissão intergeracional. Ademais, há também o termo patrimônio intangível, mas que, tal qual já explicitado, remete ainda à apreensão da natureza dos bens pelos sentidos humanos. Por isso, preferem-se os termos patrimônio cultural imaterial e bens culturais imateriais, por expressa referência a essa dimensão no texto normativo do *caput* do artigo 216 da Constituição de 1988. Mas o que é o patrimônio cultural imaterial? O que é um bem cultural imaterial?

A Constituição não define conceito de patrimônio cultural, tampouco sua faceta imaterial, embora exemplifique algumas de suas formas: manifestações, as formas de expressão, os modos de criar, fazer

³⁴ Este conceito será melhor apresentado no 2º Capítulo.

e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, dentre outros. Assim, dado que o Brasil é signatário da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da UNESCO de 2003, instrumento multilateral de caráter vinculante, compreende-se, conforme seu artigo 2º, por:

[...] ‘patrimônio cultural imaterial’ as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

[...]

2. O ‘patrimônio cultural imaterial’, conforme definido no parágrafo 1 acima, se manifesta em particular nos seguintes campos:

- a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial;
- b) expressões artísticas;
- c) práticas sociais, rituais e atos festivos;
- d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- e) técnicas artesanais tradicionais.

Segundo a definição da Convenção, pode-se sintetizar que o PCI é um conjunto de expressões, manifestações e conhecimentos, associados ou não a bens culturais materiais ou espaços culturais, reconhecido primordialmente por coletividades, mas também por indivíduos, presente na sua vivência cotidiana, dinâmica e mutável, transmitido intergeracionalmente em função de sua continuidade histórica e do meio ambiente que o circunda, e do respeito à diversidade cultural e à fecundidade da engenhosidade humana, criando um sentimento de identidade no interior das novas e para as futuras gerações. Tal e qual a Constituição Federal de 1988, a Convenção de 2003 da UNESCO exemplifica algumas áreas em que o PCI se manifesta com maior

frequência, mas a elas não se restringe. Para Carlos Frederico Marés (2012, p. 50, grifo e itálico original) acerca da complexidade dessa dimensão:

A caracterização destes bens é muito difícil, e ainda mais complexa, sua ambientação jurídica, exatamente porque o sistema foi elaborado sobre bens materiais. É fácil entender a razão desta dificuldade jurídica. Ocorre que o sistema jurídico ocidental contemporâneo está assentado sobre a propriedade privada, sobre bens de propriedade privada. Por bens o direito sempre entendeu coisas concretas, registráveis ou palpáveis ou documentáveis. Estes bens intangíveis são as manifestações de arte, formas e processos de conhecimento, hábitos, usos, ritmos, danças, processos de transformação e aproveitamento de alimentos etc. É muito difícil determinar o limite em que estes bens passam a ser juridicamente relevantes e, a partir daí, tutelados. Dito de outra forma, é muito difícil definir o limite em que a manifestação passa a ser um *bem jurídico*.

Definido o que constitui o patrimônio cultural imaterial, resta responder o questionamento sobre a natureza do bem cultural imaterial. Para Gustavo Tepedino (2015, p. 274), um bem jurídico é um recorte da realidade juridicamente protegida. No caso do bem cultural imaterial, esse contorno subsume-se ao conceito de patrimônio cultural imaterial da Constituição Federal de 1988 e à definição conteudística e dos seus elementos pela Convenção de 2003 da UNESCO. Contudo, apesar da autonomia do bem cultural imaterial, há uma confusão generalizada entre os valores que justificam a proteção dos bens culturais, de forma geral, e a natureza da imaterialidade presente no PCI, assim também como a natureza do suporte e a titularidade do domínio sobre o bem e/ou sobre o suporte. Para tanto, é necessário retornar à questão do que é o bem cultural. Na definição de José Afonso da Silva (2001, p. 26):

Os bens ou objetos culturais são coisas criadas pelo homem mediante projeções de valores, ‘criadas’ não apenas no sentido de produzidas, não só do mundo construído, mas no sentido de vivência espiritual do objeto, consoante se dá em face de uma paisagem natural de notável beleza, que, sem ser materialmente construída ou produzida, se integra com a presença e participação do espírito

humano.

A essência do bem cultural consiste na sua peculiar estrutura, em que se fundem, numa unidade objetiva, um objeto material e um valor que lhe dá sentido. Por isso se diz que o ser do bem cultural é um *ser sentido*.

Nessa acepção mais original e comum, um bem cultural é uma coisa sobre a qual projetamos valores na condição de seres humanos. Segundo Francisco Luciano Lima Rodrigues (2008, p. 46), o que caracteriza um objeto como cultural é exatamente o valor. Nessa mesma linha, para Carlos Magno Paiva (2015, p. 40), “os bens culturais possuem um significado atribuído pelo ser humano, referem-se ao ser humano e são relevantes para o ser humano”. Dessa feita, não existe bem cultural de valor intrínseco; o que existe é uma prática social de atribuição de valor e significado a coisas. Esse entendimento é relevante para assentar que, em matéria de proteção e políticas públicas culturais nos processos de patrimonialização, deve-se realizar ao máximo a concretização desses valores, muito mais do que reificar ou cristalizar os suportes sobre os quais estão inscritos (PAIVA, 2015, p. 41).

Essa atribuição de valor e significado se presume anterior a qualquer espécie de reconhecimento instrumental ou oficial do Estado. Se o valor incrustado no bem é objeto da tutela jurídica, é porque é reconhecido anteriormente como portador de valor pela coletividade (PAIVA, 2015, p. 88). Por isso, Carlos Magno Paiva (2015, p. 97) define o bem cultural como um “significado contido em uma expressão cultural, material ou imaterial”.

A atribuição de significado é feita mediante valores. Valores são imateriais, intangíveis. Para a Convenção da Diversidade de 2005, conforme o artigo 4 (2), os valores fornecem o conteúdo cultural dos bens, seu caráter simbólico ou artístico, dentre outros, que originam ou expressam uma identidade. O valor, em qualquer bem cultural, acompanha necessariamente a coisa, independentemente da natureza do suporte, se material ou imaterial. É neste ponto que se fixa a controvérsia, pois se confunde a imaterialidade do valor dos bens culturais com os bens culturais de natureza imaterial.

Para a primeira tese, todo bem cultural é imaterial. Em verdade, não se trata do bem cultural em si, mas do seu valor. Assim, bens culturais materiais e imateriais, nessa concepção, seriam simplesmente bens culturais imateriais, ou talvez não houvesse a necessidade do qualificativo imaterial, simplesmente bem cultural. Essa máxima do bem cultural como

bem imaterial foi estabelecida pela Comissão Franceschini encarregada de elaborar a lei italiana de proteção de bens culturais. A Comissão traduziu nesse axioma o conceito de bens culturais para toda coisa de interesse público portadora de valor de testemunhos culturais. Na doutrina italiana, Giancarlo Rolla (1989) também aduz que é a função imaterial representada pelo desenvolvimento das capacidades do indivíduo que traduz um bem como cultural, e não a coisa em si.

Em verdade, essa acepção nem toma em conta os bens culturais propriamente imateriais, mas o valor do bem cultural, pois o suporte seria sempre material; daí porque Francisco Luciano Lima Rodrigues (2008, p. 63) afirma a “impossibilidade de se confundir o elemento imaterial, no caso o bem cultural, com o elemento material, o objeto sobre o qual incide o valor tutelado”, muito embora subclassifique as espécies de bens culturais segundo a natureza da coisa-suporte (material ou imaterial) admitindo implicações no plano prático das medidas de preservação para cada uma delas (RODRIGUES, 2008, p. 46). Ou, sob o mesmo fundamento, Carlos Frederico Marés (2006, p. 48) observa que “todo bem cultural contém uma parte imaterial, intangível que, justamente, lhe dá esta característica. Isto poderia nos levar a dizer que todo bem cultural é intangível ou imaterial”.

Porém, só há sentido em estabelecer a distinção entre bens culturais materiais e imateriais, se houver uma nítida diferença. Na acepção do conceito da Convenção de 2003 da UNESCO, além da imaterialidade do valor de referência cultural desponta igualmente a imaterialidade do seu suporte. É sobre a materialidade ou imaterialidade do suporte, ainda que relativa, que se assenta a distinção.

Há bens culturais, porém, que não se revestem dessa materialidade, porque não têm importância ou a sua matéria-prima ou suporte, mas apenas a evocação ou representação que sugerem. As culturas são representadas não apenas por bens com existência material, mas, talvez com maior vigor e importância, por bens que não têm materialidade, por bens puramente imateriais ou intangíveis.

Há bens culturais, entretanto, que não se suportam em nenhuma materialidade e que também integram o patrimônio cultural brasileiro, conforme expresso dispositivo constitucional. Estes bens são chamados de imateriais ou intangíveis. Na realidade são os puramente intangíveis, já que, como vimos, todos são intangíveis. [...] O

problema que surge na proteção destes bens não é o ser, mas o modo, o processo e a eficácia de sua proteção (MARÉS, 2006, p. 49-50).

Embora se discorde que todo bem cultural é imaterial, a distinção de Marés fornece critérios nítidos de distinção baseados no suporte. Assim, bens culturais imateriais são expressões ou representações da cultura às quais se atribuem, coletiva e individualmente, valor e significados, presentes em suportes imateriais, que podem ou não ser efêmeros, associados ou não a bens materiais ou suportes físicos. Enquanto bem cultural vivo e dinâmico o imaterial pode, a partir de processos de formação, produção e reprodução cultural, dar origem a resultados ou produtos materiais e imateriais que podem se transformar em novos bens culturais imateriais, ou a eles serem associados como partes integrantes (v.g. modo de fazer Queijo Minas e o queijo em si; modo de fazer panelas de barro e as panelas em si). Portanto, essa imaterialidade do suporte também é relativa, assim como também os bens que se descolam daqueles que lhe deram origem:

Cabe fazer a distinção, no caso dos bens culturais, entre aqueles que, uma vez produzidos, passam a apresentar relativo grau de autonomia em relação a seu processo de produção, e aquelas manifestações que precisam ser constantemente atualizadas, por meio da mobilização de suportes físicos – corpo, instrumentos, indumentária e outros recursos de caráter material –, o que depende da ação de sujeitos capazes de atuar segundo determinados códigos.

[...]

A imaterialidade é relativa. [...] remete ao transitório, fugaz, que não se materializa em produtos duráveis. (FONSECA, 2009, p. 68)

Para haver proteção formal dos bens culturais imateriais por parte do Estado, em regra, o interesse da coletividade é manifestado publicamente através de mecanismos e instrumentos de proteção, não importando a natureza da titularidade do bem cultural ou de seus suportes, se pública ou privada, pois o interesse público os submete a um regime especial. Embora ainda atrelado a uma concepção de bem cultural material, Carlos Frederico Marés (2006, p. 22-23, grifo em itálico original) expõe os efeitos da manifestação de interesse público sobre os bens:

O interesse público é, neste caso, o reconhecimento coletivo de que o bem cultural deve ser preservado. Este fenômeno não transforma estes bens em bens públicos, porque a grande parte do patrimônio cultural e natural do Brasil se encontra sob propriedade privada, não havendo nem interesse, nem condições financeiras de, a cada declaração de valor-cultural, o Poder Público promover a desapropriação para transformá-lo em públicos. Portanto, apesar da concentração do interesse existente, estes bens não ficam alterados nos polos dicotômicos de público e privado. Continuam o que eram, públicos se públicos, privados se privados.

Esta nova relação de direito entre os bens de interesse cultural ou natural com o Estado e os particulares vem dando margem a uma nova categoria de bens, que alguns autores chamam de *bens de interesse público*, que não se reduz apenas a uma especial vigilância, controle ou exercício do poder de polícia da administração sobre o bem, mas é algo muito mais profundo e incide diretamente na sua essência jurídica.

A limitação imposta aos bens de interesse público é de qualidade diferente da limitação geral imposta pela subordinação da propriedade privada ao uso social. As limitações gerais produzem obrigações pessoais aos proprietários que devem tornar socialmente úteis as suas propriedades, enquanto as limitações impostas a esses bens de interesse público são muito mais profundas, pois modifica a coisa mesma, passando o poder público a, diretamente, controlar o uso, transferência, a modificabilidade e a conservação da coisa, gerando direitos e obrigações que ultrapassam a pessoa do proprietário, atingindo o corpo social, que passa a ser corresponsável, interessado e legitimado para a sua proteção, além do próprio poder público.

Ao mesmo tempo que a cidadania passa a ter direitos em relação ao bem cultural, como a visualização, a informação e o direito a exigir da Administração a sua manutenção e conservação, passa a ter obrigações em relação a ele, que estão diretamente ligados a sua proteção, constituindo crime qualquer agressão a ele cometida.

Essas limitações aos bens culturais materiais, diante da incidência do interesse público declarado, são mais visíveis do que quando se fala em bens culturais imateriais. Elas são dirigidas aos particulares ou ao próprio Estado, quanto a restrições ao direito de propriedade sobre o suporte material, a coisa, sobre a qual se assenta o valor referencial da proteção. O interesse público *a priori* manifesto sobre os bens culturais não altera a dominialidade, tampouco é capaz de retirar o suporte material de circulação do mercado (RODRIGUES, 2008, p. 54), a menos que o mecanismo declaratório imponha regras restritivas quanto à disposição. Ainda no caso dos bens culturais materiais, o suporte físico tanto pode abrigar diferentes valores de preservação, assim como nele podem incidir diferentes bens (RODRIGUES, 2008, p. 63).

Ainda na tese de que bem imaterial e valor tratam-se de um mesmo objeto, tanto Marés (2006, p. 23) quanto Francisco Luciano Lima (2008, p. 63) entendem que o interesse público enseja a gestação de um novo direito. O suporte físico do bem poderia ser objeto de um direito individual, muito embora restringível, mas a dimensão imaterial faria nascer um direito difuso de toda coletividade que se sobrepõe sobre o mesmo bem, pois a sociedade passaria a ser usufrutuária com interesses e direitos sobre sua preservação e acesso. Os sujeitos de direito ao bem cultural, como direito cultural ao patrimônio cultural, não são os mesmos da dominialidade sobre o suporte físico (RODRIGUES, 2008, p. 47).

A titularidade difusa impõe, ao direito de propriedade individual, limitações, que não estão compreendidas “no *como ter, como usar, como fruir*” dos proprietários, “mas no *como evitar que se deteriore* [...] a direito que sempre defendeu [...] não usar, deixar sem uso, sem reparação e, acima de tudo, permitir que se deteriore” (SOUZA FILHO, 2006, p. 24, grifo em itálico original). Como visto, isso não altera a titularidade pública ou privada do bem. Para Lucas Lixinski (2013, p. 7), no campo da proteção do patrimônio cultural, é inaceitável a existência da faculdade do *ius abutendi* do direito de propriedade, isto é, a destruição da coisa, do suporte físico sobre a qual recai o valor protegido.

Tratando-se dos bens culturais imateriais a questão torna-se mais complexa. A declaração do interesse público sobre o bem dessa natureza, a rigor, é uma forma de reconhecer direitos vezes estranhos à noção de propriedade, tampouco impõe limitações ou restrições ou cria obrigação aos titulares. Isso porque o patrimônio cultural imaterial *strictu sensu* (declarado pelos instrumentos e mecanismos de proteção) segue sendo a dimensão coletiva dos direitos culturais, ratificada pela Convenção da UNESCO de 2003 (BRAVO, 2014, p. 365). Para Loreta Bravo (2014, p.

371), por estar baseado na comunidade o PCI se constitui primeiro como tal em seu domínio, justamente porque nele está embutido o reconhecimento também de comunidades e grupos como sujeitos de direito, coletividades que são responsáveis por sua criação, manutenção e transmissão. Assim, para Marés (2006, p. 50), a proteção dos bens culturais imateriais é constitutiva de direitos: “Ao serem protegidos são elevados à categoria de bem jurídico intangível. A titularidade destes bens é coletiva e difusa”. Ao tempo que o mecanismo declara a relevância do bem cultural imaterial para toda a sociedade brasileira (titularidade difusa), reconhece a titularidade coletiva da(s) comunidade(s) ou grupos(s) próxima para quem é referência cultural.

Tomando emprestada a classificação de bens culturais de José Melo de Alexandrino (2011, p. 236-237) *em sentido estrito, em sentido amplo e em sentido impróprio*, isto é, na primeira e na segunda categorias os bens culturais formalmente integrantes do patrimônio cultural, e, na última, aqueles bens culturais pertencentes a uma gama mais diversa de bens cujo interesse cultural se subsume às expressões passíveis de titularização individual ou ao valor econômico de troca e de uso pelas indústrias culturais, os bens culturais imateriais em sentido estrito (declarados formalmente) teriam titularidade coletiva e difusa. Isso não significa que o indivíduo pertencente a quaisquer dessas coletividades não possa criar ou produzir bens culturais e atividades que carreguem consigo o sinal distintivo de sua personalidade e individualidade, ainda que fruto de conhecimentos e expressões intergeracionais – muito embora, em regra, toda criação nova porta consigo o acúmulo da trajetória da espécie humana –, mas, nessa hipótese, estar-se-ia diante dos bens culturais imateriais impróprios.

É o caso das obras intelectuais como livros, músicas, pinturas, dentre outras, que integram o patrimônio cultural *latu sensu*. Aqui, essas criações intelectuais são classificadas como bens culturais imateriais em sentido impróprio, mas para a civilística tradicional são bens imateriais. Nesse caso, os titulares (criadores ou terceiros para quem os direitos possam ser cedidos ou organizadores de obras coletivas) têm direitos exclusivos sobre o bem cultural imaterial.

Para os direitos de autor que regem os direitos sobre as obras intelectuais, as criações (bens culturais imateriais em sentido impróprio) só são protegíveis quando o chamado *corpus mysticum* ou *corpus intrinsecum* (ideias, expressões) é expresso por atos do intelecto (intangível, incorpóreo) em um meio. Essa exteriorização não necessita de um suporte material. Basta que ela seja fixável na forma de publicização a terceiros do conteúdo da expressão, porém pode assumir

forma fixada (final), isto é, a “apreensão material da coisa” (PONTES, 2012, p. 196). Para Leonardo Machado Pontes (2012, p. 190), essa fixação em um suporte é permanente e espacialmente dimensionada. Em geral, esse *corpus mechanicum* (suporte) na qual se concretiza a fixação da expressão é tangível, corpóreo, porém se refere a “tudo aquilo que seja capaz de tornar perceptível a expressão, pouco importa sua natureza, desde que com grau de *definibilidade e não transitoriedade*” (PONTES, 2012, p. 192).

Portanto, o meio no qual essas criações são expressas ou fixadas pode ter um suporte material (v.g. livro impresso) ou imaterial (*e-book*). Por isso, a definição do artigo 7º da Lei de Direitos Autorais em que obras intelectuais são “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”.

A titularidade sobre esses bens culturais imateriais impróprios, em geral, é individualizável. Dada a sua reproduzibilidade e sua capacidade de ser replicada, a aquisição do suporte material ou imaterial da obra na forma original ou de exemplar não faz do adquirente titular dos direitos autorais, salvo, segundo o artigo 37 da LDA, se o contrato versar sobre direitos patrimoniais sobre as obras em que se possa convencionar o contrário e nos casos previstos legalmente. Diante desse quadro, compreende-se o motivo pelo qual expressões culturais tradicionais não são alcançadas pelos direitos autorais, via de regra. Além do aspecto temporal da transmissão intergeracional, são muitas vezes repassadas de forma oral e sequer são fixáveis.

Apesar da diferença estabelecida entre bens culturais imateriais em sentido estrito e em sentido impróprio, ambos pertencem ao patrimônio cultural entendido em seu sentido amplo. Os impróprios podem um dia vir a integrar a categoria dos estritos, o próprio ordenamento jurídico compreende sua relevância criando formas de facilitação de seu acesso e de preservação como legado cultural da criatividade humana:

As leis de propriedade intelectual e de direito autoral foram desenvolvidas com essa finalidade, assim como o depósito legal de publicações na Biblioteca Nacional. Embora não tenham como objetivo atribuir valor cultural aos bens a que se apliquem, esses instrumentos e essas práticas terminam por contribuir para a construção do patrimônio cultural brasileiro, na medida em que identificam essas criações e asseguram o acesso a elas, trazendo garantias e benefícios a seus produtores (FONSECA, 2009, p. 63).

Além das obras intelectuais, são bens culturais imateriais em sentido impróprio aquilo a que a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, em seu artigo 4º, nº 4, refere-se como atividades e serviços culturais. Eles são meios cujo interesse cultural reside na importância que sua qualidade, uso e finalidade têm para incorporar e transmitir expressões culturais, independentemente do valor econômico que assumam. A Convenção da Diversidade enxerga as atividades culturais como fins em si mesmas, mas que podem contribuir para o que os economistas da cultura denominam de fases dos ciclos produtivos dos bens culturais (BENHAMOU 2007; TOLILA, 2007 p. 38-39), que, em síntese, são enumeradas nessas etapas: criação, produção, distribuição, comercialização, acesso e fruição. Para Giancarlo Rolla, houve ampliação da noção tradicional de bens culturais (1989, p.171),O autor:

[...] as características típicas dos bens culturais os exigem a consideração não somente das coisas, mas também das atividades de interesse cultural, incluindo aquelas de natureza econômica e comercial. A este respeito, vem amadurecendo a consciência de que uma política orgânica no setor dos bens culturais deveria considerar tanto as ‘coisas que são bens culturais’ quanto os ‘bens culturais atividades’, quer dizer, aquelas manifestações do patrimônio cultural nacional que não estão constituídas por bens objeto de um direito patrimonial³⁵.

Não se pode negar que, nesse sentido de bens culturais imateriais impróprios, também há presente um interesse público sobre sua fruição coletiva, tendo em vista que, do ponto de vista da economia da cultura, esses bens são não rivais e indivisíveis. Segundo Alain Hershovici (1995,

³⁵ Tradução livre do original em espanhol: “[...] las características típicas de los bienes culturales les exigen la consideración no sólo de las cosas, sino también de las actividades de interés cultural, incluyendo aquellas de la naturaleza económica y comercial. A este respecto, viene madurando la conciencia de que una política orgánica en el sector de los bienes culturales debería considerar tanto las ‘cosas que son bienes culturales’ cuanto los ‘bienes culturales-actividades’, es decir, aquellas manifestaciones del patrimonio cultural nacional que no están constituidas por bienes objeto de un derecho patrimonial”.

p. 147),

[...] o caráter de indivisibilidade não implica na igualdade das utilidades individuais. Como estas são essencialmente simbólicas, no caso dos bens culturais, elas dependem em última análise da estruturação de classes. Esta assimetria, ligada às distâncias sociais, faz surgir o problema da coerência dos critérios de escolha e dos conteúdos relativos às políticas públicas.

Não é o que se passa, por exemplo, com os bens culturais materiais que são únicos, cuja fruição, embora coletiva, pelas características de exclusividade ou raridade do bem, possui limitações não somente aos proprietários, mas no acesso da população em geral, que precisa ser regulado. Porém, mantêm, segundo Françoise Benhamou (2017, p. 31), a qualidade de não rivais, pois todos podem gozar igualmente de seus benefícios. Além disso, geram externalidades positivas públicas e privadas que beneficiam outras atividades culturais.

Visto isso, os bens culturais imateriais impróprios são espécies do gênero bens culturais imateriais, podem formalmente vir um dia integrar o patrimônio cultural imaterial *strictu sensu*. Igualmente, é de se ressaltar que as formas de registro e representação do patrimônio cultural imaterial e bens culturais materiais em sentido estrito, como gravações, imagens, fonogramas, obras audiovisuais, não são propriamente o PCI em si, são medidas assecuratórias de inventariação, identificação, testemunho histórico que um dia, igualmente, podem, sim, vir a se converter em patrimônio na forma de um acervo ou coleção. Feitas essas distinções, para fins desta tese, faz-se a advertência de que se utilizará invariavelmente o termo bens culturais imateriais para se referir tanto ao patrimônio cultural *strictu sensu* como ao seu sentido ampliado, mas dar-se-á maior ênfase ao PCI declarado por meio do mecanismo do Registro.

Por esse ângulo, interessa mais a faceta coletiva dos direitos culturais como direito coletivo de comunidades e grupos sobre seu próprio patrimônio, mormente sobre os bens culturais imateriais manifestos em expressões e conhecimentos tradicionais. Não somente em razão da existência do vínculo comunitário na constituição do patrimônio cultural, mas também das comunidades como fonte de produção, ou seja, as bases originárias para sua criação, formação, produção e reprodução cultural. Isso porque, como bem ressalta a Convenção de 2003 existe uma conexão imediata entre a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial e o respeito às comunidades e grupos com ele envolvidos. Isso também está

no reconhecimento da Convenção sobre o papel que esses grupos desempenham na produção, manutenção e recriação do PCI, fazendo “muito nítida a necessidade de definir a titularidade dos direitos que protege, corresponde que sejam exigidos já não somente por indivíduos, mas por comunidades³⁶” (BRAVO, 2012, p. 363).

Visto isso, questiona-se: quem são esses sujeitos coletivos de direitos detentores do patrimônio cultural imaterial?

1.7 Quem são os sujeitos do direito cultural coletivo ao patrimônio cultural imaterial: indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais como grupos formadores da sociedade brasileira

O Estado Sociocultural Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, é diverso, multicultural, pluriétnico. Por essa razão, assegura direitos coletivos específicos a coletividades sociais, a fim de garantir a igualdade material entre os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A situação de presumível vulnerabilidade social, econômica, ambiental e cultural, fez com que a Constituição de 1988 ampliasse a proteção dos direitos fundamentais a outros grupos sociais historicamente excluídos da garantia de benefícios sociais e recursos materiais para sobrevivência mínima, existência digna e continuidade de suas práticas e especificidades culturais.

Dessa maneira, os direitos culturais coletivos para certos grupos sociais são o que Inês Virginia Soares (2009, p. 76) denomina de direitos de desigualdade, direitos conferidos à diversidade de coletividades para equilibrar relações sociojurídicas desiguais. O pressuposto desses direitos é uma noção, dentro do princípio da igualdade, de direito à diferença, em geral reivindicado por grupos que lutam por ter reconhecida ou manter suas particularidades culturais, seus modos de vida, sua identidade etc.

Como dimensão da igualdade, o direito à diferença significa que todos são merecedores de igual dignidade, ainda que existam identidades coletivas heterogêneas, porém nem sempre as regras jurídicas que são válidas para um alcançam a todos. Na concepção multicultural de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 458), igualdade e diferença não são princípios opostos, pois “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos direitos a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. Nessa acepção, a igualdade inclui um maior número de

³⁶ Tradução livre do original em espanhol: “[...] muy nítida la necesidad de definir si la titularidade de los derechos que protege corresponde que sean exigidos ya no sólo por individuos sino por comunidades”.

sujeitos, destacados por circunstâncias específicas ou por particularidades cujas postulações requerem uma proteção diferenciada.

No caso dos direitos culturais, o critério que rege o direito à diferença é a referência cultural, isto é, os valores pelos quais esses grupos mobilizam sua memória coletiva, transmitem suas tradições, criam, dão continuidade aos seus saberes, fazeres e viveres, estabelecem contatos, cruzamentos, intercâmbios e fronteiras com outros e se organizam socialmente.

O direito à diferença é revelador, assim, da diversidade cultural humana. Para a Convenção da Diversidade Cultural de 2005, conforme o artigo 4 (1), ela é a maneira pela qual uma multiplicidade de formas culturais coletivas se manifesta, cuja transmissão ocorre no interior de grupos e sociedades, mas também na interculturalidade. O patrimônio cultural, então, seria o meio privilegiado dessas expressões e transmissões, assim, também, motor dos ciclos de criação, formação, produção e reprodução de novos bens culturais, quaisquer que sejam os meios empregados para esse fim.

Assim, a diversidade desnuda a expressão das identidades humanas, seus inúmeros traços culturais distintivos, mas, igualmente, as hegemonias sociais e as tendências homogeneizadoras que portam consigo, ainda, noções como assimilacionismo e colonialismo.

Dessa forma, a proteção do patrimônio cultural imaterial é o reflexo do reconhecimento do compartilhamento de valores de referência comunitária a um ou mais grupos, ou da sociedade em seu sentido mais abstrato e geral, e, em alguns casos, até da humanidade. Pelos bens culturais, em particular através dos imateriais, identificam-se os integrantes de um grupo social, visualizam-se as fronteiras étnicas entre uns e outros, processos de exclusão e inclusão (BARTH, 2011, p. 188) nos quais se permite saber quem faz parte da comunidade, que bens são a ela vinculadas, quem são os terceiros interessados em com ela se relacionar, seus bens acessar etc. (LIXINSKI, 2013, p. 219).

Os bens culturais imateriais são as representações dos elos espirituais (sensoriais) da cultura com o seio comunitário. É, em regra, em grupos sociais determinados que expressões, conhecimentos, práticas, técnicas também são veículos não apenas de suas aspirações coletivas mais específicas e particulares, mas, igualmente, de reivindicações de titularidade sobre o legado que esse patrimônio cultural imaterial representa. Isso porque se veem como responsáveis por sua transmissão, continuidade e proteção, ainda que somente um de seus membros, parte da comunidade agindo em conjunto, ou uma ou mais pessoas empreguem o PCI em alguma atividade específica (SAMBUC, 2003, p. 220). Todos

são titulares; todos participam da vida coletiva em que mais do que marcas do passado, o PCI é mobilizado e constantemente recriado nos atos de transmissão entre gerações; de alguma forma, toda comunidade está sempre envolvida, qualquer afetação, dano, apropriação ou violação aos bens culturais imateriais é sempre uma violação dos direitos culturais coletivos desses grupos, atos atentatórios contra seu próprio sistema de valores e de sua própria existência.

Não à toa que esses grupos são chamados de *guardiões*, *depositários*, *comunidades de custódia* ou *fideicomissários* do patrimônio cultural imaterial, pois além de serem exímios conhecedores de seus elementos essenciais, colocando-os na prática viva de seus cotidianos, exercem sobre ele algum tipo de controle e domínio que limita o interesse ou a apropriação de terceiros, estranhos à coletividade, em utilizá-los e disporem deles de maneira dissociada dos contextos, valores de uso e de troca assentidos na vida comunitária e no sistema social particular.

Há, portanto, existência não apenas do vínculo comunitário na constituição do patrimônio cultural imaterial, mas também de pessoas e comunidades como fonte de produção, ou seja, as bases originárias para sua criação. É nessa acepção dinâmica, calcada no diálogo intertemporal entre passado, futuro e presente, no significado dos valores de proteção e na solidariedade intergeracional, e na diversidade, que as comunidades, seus membros – ainda que não participem ativamente de sua proteção –, mantêm vivo um patrimônio cultural.

Vale destacar que sob essa ótica é de se admitir que, sobre o patrimônio cultural, repousam dois tipos de interesses (meta) transindividuais; um coletivo primário dos “depositários” e das “comunidades locais”, cuja relação com os bens culturais é de maior proximidade, já que fazem parte da sua vivência cotidiana, e um difuso, oriundo de um escalonamento para o interesse mais geral e comum de qualquer pessoa em função do valor referencial que possui. A participação comunitária na designação do patrimônio cultural põe em relevo, no mesmo patamar, enquanto obrigação do Estado, a proteção, contra apropriação indevida por terceiros, de expressões e conhecimentos culturais tradicionais do PCI.

Porém, a quem se é referido juridicamente quando se mencionam “comunidades”, “grupos”, “populações tradicionais”, “povos” detentores desse patrimônio cultural? Quem são esses sujeitos coletivos?

As terminologias acima são empregadas para designar um significativo número de grupos heterogêneos, incluindo minorias étnicas, religiosas ou nacionais, nos quais há também um pluralismo interno (SHIRAISHI NETO; DANTAS, 2008 p. 123). Essa diversidade concreta,

terminológica e conceitual também está presente na Constituição Federal, na legislação brasileira e internacional. É difícil identificar princípios comuns referentes a esses sujeitos, ainda mais quando o próprio Direito utiliza termos distintos para designar situações similares, induzindo a uma diferença somente aparente. Isso implica também que uma mesma norma pode se aplicar a uma pluralidade de grupos diferentes, quando esses sujeitos estão juntos sob signos designativos mais abrangentes, mormente as normas constitutivas e atributivas de direitos.

Em geral, esses grupos partilham de uma *identidade cultural comum*, cuja consequência mais expressa é o reconhecimento mediante um direito de autoatribuição de seus traços distintivos e particulares. Essa identidade é responsável por sua organização social e por empreender lutas contrahegemônicas contra padrões sacionormativos dominantes dos modos de vida em sociedade. Por serem espoliados sistematicamente de seus modos de criar, fazer e viver, e por serem alvos do assimilacionismo ou de situações críticas de violações de direitos humanos que são responsáveis por seu genocídio, extermínio, e/ou desaparecimento, desintegração, pauperização, discriminação e criminalização, esses grupos são tidos presumidamente como vítimas de uma *vulnerabilidade jurídico-social*, e, de outra forma, podem se encontrar também em situação de *hipossuficiência*.

O patrimônio cultural imaterial é idiossincrático. Sua proteção está intimamente relacionada com a imprescindibilidade da identidade cultural para a existência desses grupos. Protegê-lo é proteger igualmente seus grupos detentores, seus modos de vida particulares e assegurar sua continuidade (LIXINSKI, 2013, p. 146).

Segundo o sociólogo Manuel Castells (1999), identidade é um processo construtivo de atribuição de significados culturais, cuja interrelação faz que uma fonte de significação prepondere sobre outras. Para ele (1999, p. 22-28), há três tipos de identidade: a legitimadora, a resistência e projeto. A princípio, a identidade legitimadora é aquela na qual esse processo de construção de significados se racionaliza e se impõe como traço dominante, homogêneo, tal qual acontece na formação dos Estados-nacionais. A identidade resistência estaria mais próxima da ideia de grupos que desempenham lutas contrahegemônicas frente à exclusão discriminadora, em que a reação positiva é manifesta em reivindicações de valorização, reconhecimento. Nesse último caso, uma identidade de resistência pode um dia vir a se tornar uma identidade legitimadora. Complementar ao sentido primeiro de identidade de resistência, a identidade projeto é aquela na qual esses grupos se caracterizam como sujeitos de direitos coletivos, e procuram se inserir na arena pública dos

debates e da participação política no Estado.

Independentemente do caráter político-social da classificação, esses grupos, além de possuírem identidades resistentes e de projetos, possuem traços distintivos culturais comuns fundamentais para desempenhar a proteção de seus direitos coletivos como o do patrimônio cultural imaterial. Essa singularidade não significa que são guetos, grupos fechados, em isolamento ou “ilhas pelágicas” (BARTH, 2011, p. 211). Há, no entanto, um pressuposto de que, embora construída a partir da comunicação, interação e intercâmbio com outros grupos, a identidade cultural permanece com traços que os distinguem uns dos outros e cuja manutenção depende muito mais da delimitação de fronteiras, que permitem identificar critérios de pertencimento declarados pelos próprios grupos, e não constituídos por fatores comparativos entre eles, apesar de suas interdependências positivas. Por isso, as distinções não se dão por uma suposta ausência de contato com outros grupos, pois as interações sociais são dados permanentes. De fato, o que importa perceber é que, apesar das transformações, mudanças, interações, o grupo permanece como unidade significativa em razão das próprias diferenças.

Segundo Fredrik Barth (2011, p. 195), “se um grupo conserva sua identidade quando os membros interagem com outros, isso implica critérios para determinar a pertença e meios para tornar manifestas a pertença e a exclusão”. Esses limites podem persistir, mesmo com mudanças nas formas de organização social ou diásporas. Porém, há partes imunes mesmo diante do contato, que permitem demarcar sua atribuição como as diferenças, para o grupo, mais relevantes, a padronização de um conjunto de valores em seu interior e uma estabilidade perene mesmo no intercâmbio do sistema social mais abrangente (BARTH, 2011, p. 200-201).

Essas identidades culturais têm relativa autonomia ao Estado. Com suas estratégias discursivas e lutas contrahegemônicas, buscam impedir limitações, violações ou negações a seus direitos decorrentes de discriminações negativas sistemáticas e pontuais pela sociedade em geral, ainda que muitas vezes sua participação na sociedade política seja prejudicada por um déficit de cidadania e representatividade também ocasionada pelas relações sociais em desigualdade.

Por essa razão, segundo Axel Honneth (2003, p. 29), a luta por reconhecimento é uma forma de pressão no interior das sociedades que exigem das instituições respostas práticas e políticas. Conforme a definição de Honneth (2009, p. 156), essas lutas são “moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por

do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades”. Assim, apesar de a modernidade ter universalizado a igualdade (formal) nos sistemas jurídicos, tendo todos os seres humanos o mesmo *status* de partilha da dignidade como atribuição comum nas relações jurídicas, o reconhecimento também se dá no âmbito da solidariedade dessas relações, no qual além do respeito produzido pelo atributo da igualdade, há de se referir, da mesma forma, à estima social positiva de um conjunto de características particulares e concretas (HONNETH, 2009, p. 198). Na ótica de Axel Honneth (2009, p. 210),

[...] estimar-se simetricamente nesse sentido significa considerar-se reciprocamente à luz de valores que fazem as capacidades e propriedades do respectivo outro aparecer como significativas para a práxis comum. Relações dessa espécie podem se chamar ‘solidárias’ porque elas não despertam somente a tolerância para com a particularidade individual da outra pessoa, mas também o interesse afetivo por essa particularidade: só na medida em que eu cuido ativamente de que suas propriedades, estranhas a mim, possam se desdobrar, os objetivos que nos são comuns passam a ser realizáveis.

No caso desses grupos sociais que partilham uma mesma identidade cultural, há um constante enfrentamento para manutenção de seus modos de vida e suas referências culturais e simbólicas. Daí o patrimônio cultural imaterial declarado pelos mecanismos e instrumentos enunciados pelo Estado possuir a função de reconhecer não apenas os bens culturais imateriais desses grupos, mas servir de meio de elevação e valorização da estima social por meio do reconhecimento.

Isso porque a imprescindibilidade do reconhecimento é engendrada por formas de desrespeito a esses sujeitos. A primeira forma é a privação, denegação das pretensões jurídicas às quais esses grupos teriam direito simplesmente por integrarem a sociedade em igual valor com os seus demais membros. Lesados na sua condição de sujeitos de direito, não há apenas uma perda moral de autorrespeito como, conseqüentemente, a impossibilidade de se autorreferir como iguais. Do mesmo modo, esse desrespeito tem uma segunda implicação na estima social que o grupo tem perante aos demais da sociedade e a si mesmo; o valor negativo e depreciativo às suas características, aos seus sistemas de valores, representa um rebaixamento social da sua capacidade de autodeterminação e autonomia para conduzir seus destinos e modos de

vida da maneira positiva, como por si mesmos entendem (HONNETH, 2009, p. 216-218).

O reconhecimento desses grupos é importante para afastar o negligenciamento de forma solidária a produzir sua autoestima, bem como sua estima social perante outros grupos. Para tanto, não obstante o respeito à diferença dos valores na forma do reconhecimento, a participação social em condições de igualdade se deve também dar em condições materiais de justiça social (BAUMAN, 2003, p. 72; FRASER, 2008). Assim, também, a proteção de bens culturais imateriais é uma questão de como a desigualdade material desses sujeitos coletivos afeta sua continuidade, transmissão, difusão intergeracional e compromete a sua própria existência. Por isso, o reconhecimento dos sujeitos também deve tomar em conta as disparidades sociais e econômicas que afligem esses grupos e identificar suas necessidades a fim de, equanimemente, equilibrar relações jurídicas desiguais.

Em regra, esses grupos são vítimas tanto de violações aos seus direitos culturais em razão de seu *status social* representado pelos seus modos particulares de vida, quanto da brutal desigualdade da distribuição equânime dos recursos e bens econômicos em sociedade. Por isso, diante da hibridização das injustiças (FRASER, 2008, p. 174-178), qualquer equilíbrio em relações jurídicas com esses sujeitos deve pautar-se em seu reconhecimento, mas, igualmente, na superação das condições socioeconômicas, o que se denomina de redistribuição. Por isso, a presunção jurídica de sua *vulnerabilidade*.

Isso não indica a capacidade política, jurídica e de organização desses grupos para fazer frente a denegações, desrespeitos a seus direitos culturais, ou de se mobilizar para reivindicações, mas significa que, diante de situações desiguais, socioeconômicas e culturais, nas quais, numa relação jurídica com terceiros, há também desequilíbrio de poder, o Estado deve intervir para criar paridade horizontal entre essas partes. Relaciona-se com a vulnerabilidade, via de regra, a *hipossuficiência* desses sujeitos, que é a constatação da insuficiência de recursos materiais para satisfação, proteção ou defesa de seus direitos e interesses. Tanto uma quanto a outra podem ser combatidas pelo reconhecimento legal ou disponibilização do Estado de meios infraestruturais, econômicos, sociais e culturais que os ponham em condições de paridade numa relação jurídica, e não deixe em situação de fragilidade o bem jurídico em questão. Para Eliane Moreira (2006, p. 110)

Vulnerável é a condição de quem está sujeito a um poder maior, e com poucas condições de resisti-lo. Se todos os povos tradicionais são vulneráveis, é

certo que nem todos são hipossuficientes. Serão hipossuficientes quanto mais extrema for a relação de poder exercido como dominação, isto é, hipossuficiente será o povo que se encontrar em circunstância de extrema desvantagem da qual, com esforço razoável, não seria capaz de sair. Imagine-se, por exemplo, um povo cujas crianças estão morrendo de fome e que é procurado por uma empresa que se propõe a utilizar seus saberes, mas que não pretende obedecer a todos os ditames legais.

Em decorrência tanto da vulnerabilidade, quanto da hipossuficiência impõe-se ao Estado o dever de intervir, com a finalidade de re-equilibrar, ao menos artificialmente, a relação, devendo, quando estiver perante interesses de sujeitos hipossuficientes, ir para além do papel de 'fiel da balança' a fim de que exija da outra parte esforços que permitam a defesa dos interesses desses povos, é o caso a inversão do ônus da prova, quando necessária à defesa de um direito cultural.

Essas características mais gerais desses grupos são importantes para, diante da litigiosidade constante entre interesses econômicos das indústrias culturais, dos empreendimentos turísticos, da indústria do entretenimento, e os representados por esses sujeitos coletivos, se considerar, para efeitos da constatação da apropriação indevida de um patrimônio cultural imaterial específico, as formas de participação pretérita no controle daquilo que eles podem identificar como lesão, ameaça, ou dano aos seus bens culturais imateriais, e exigir do Estado providências para equilibrar relações travadas com terceiros, mediante o respeito às suas identidades culturais, sua autodeterminação, sua autonomia e sua condição social.

Ainda assim, traçadas essas características elementares dos grupos detentores do patrimônio cultural imaterial (compartilhamento de uma identidade cultural comum, autoatribuição identitária, reivindicação de reconhecimento jurídico-social e redistribuição de bens socioeconômicos, e vulnerabilidade e hipossuficiência sociocultural), resta aclarar sua identificação legislativa concreta. Adverte-se, por conseguinte, que essa sistematização será tratada de forma ampla, sem adentrar nas especificidades das heterogeneidades e forma de organização social de cada grupo ou definição jurídica representativa dessas coletividades. Far-se-á apenas um esboço geral de suas definições e direitos que se

apresentam como mecanismo do exercício de controle coletivo sobre seus bens culturais imateriais.

Em relatório da UNESCO para implementação da Convenção para Salvaguarda do PCI de 2003 (2006, p. 9), apresenta-se uma definição não vinculante de comunidade e outra para grupos, tendo em vista a noção de identidade e que a própria Convenção, apesar de tratá-los como sujeitos coletivos, não traz qualquer tipo de definição.

Comunidades são redes de pessoas cujo senso de identidade ou conexão emerge de uma relação histórica compartilhada que está enraizada na prática e transmissão, ou envolvimento, com seu patrimônio cultural imaterial.

Grupos compreendem pessoas dentro de uma ou em várias comunidades que compartilham características como competências, experiências e conhecimentos especiais, e, assim, realizam funções específicas nas práticas presentes e futuras de recriação e/ou transmissão do seu patrimônio cultural imaterial como, por exemplo, curadores, praticantes ou aprendizes³⁷.

Além do elemento agregador da identidade cultural, conforme essas definições, esses sujeitos coletivos se diferenciam pelos papéis que desempenham na função de transmissão, continuidade e mutabilidade criativa do PCI. Assim como o patrimônio cultural imaterial é mutável, essas identidades também se modificam e, embora estejam vezes atribuídas a determinados territórios, podem se encontrar em diversos locais pelos quais esses sujeitos passaram (CABRAL, 2011, p. 42), transcendendo as fronteiras dos Estados nacionais em alguns casos.

A Constituição Federal de 1988, como visto, muito pelas pressões sociais que esses grupos fizeram durante a Assembleia Nacional Constituinte – ANC, determinou, após garantir a todos os direitos

³⁷ Tradução livre do original em inglês: “Communities are networks of people whose sense of identity or connectedness emerges from a shared historical relationship that is rooted in the practice and transmission of, or engagement with, their ICH; Groups comprise people within or across communities who share characteristics such as skills, experience and special knowledge, and thus perform specific roles in the present and future practice, re-creation and/or transmission of their intangible cultural heritage as, for example, cultural custodians, practitioners or apprentices”.

culturais, no *caput* do artigo 215, a proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, além da de outros grupos. Nesse sentido, o texto constitucional dá uma maior proteção a dois grupos tradicionais que estão entre os sujeitos coletivos do patrimônio cultural imaterial: indígenas e quilombolas.

A Constituição de 1988 reconhece aos indígenas o direito à sua própria cultura, ao seu direito costumeiro e os direitos originários sobre suas terras. Os indígenas são grupos étnicos heterogêneos, descendentes de populações ameríndias que originariamente habitam territórios hoje correspondentes aos limites do Estado brasileiro, desde muito antes ao processo de colonização do Brasil, que assim se autoreconhecem, conservando suas instituições sociais, culturais, econômicas e políticas ou traços delas.

Nessa terminologia, abrigam-se diversas etnias que integram a sociedade brasileira e participam do que a Constituição denomina de processo civilizatório nacional. Porém, o conceito constitucional afasta a concepção estreita de indígenas do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001, de 19 de setembro de 1973, de dividir os grupos indígenas a partir dos critérios assimilacionistas e de aculturação em isolados, em vias de integração e integrados, de acordo com o seu artigo 4^o³⁸. Assim também, o artigo 3^o³⁹ do Estatuto do Índio, que definia o índio e a comunidade

³⁸ Eis o que dispõe o Estatuto: “Art 4º Os índios são considerados: I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

³⁹ Prescreve o Estatuto do Índio: “Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas: I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional; II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da

indígena, apesar de apontar o caráter distintivo da identidade cultural dos indígenas da de outros grupos da sociedade nacional, limitava o autorreconhecimento à necessidade de serem identificados por outros como índios. Nesse sentido, a norma definidora de comunidade indígena, como outros dispositivos do Estatuto, estabeleceu o critério gradativo do contato dos índios com a “civilização” para designar seu conjunto de famílias ou organizações comunitárias. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, nos Embargos de Declaração da Petição nº 3.388/RR, no caso sobre demarcação contínua de terras indígenas conhecido como Raposa Serra do Sol, os indígenas são plurais e diferentes, não se restringem a grupos isolados ou em isolamento:

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO ÍNDIOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo índios é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

Em razão do seu direito de autodeterminação, os indígenas também são albergados pelo conceito de povos. Contudo, tanto o direito constitucional, como a teoria do Estado e o direito internacional, têm dificuldades de se referirem aos povos indígenas sob essa nomenclatura. Para as estruturas jurídicas tradicionais dessas disciplinas e os organismos dos Estados, povo é um elemento do Estado associado a um território (LIXINSKI, 2013, p. 104). A partir desse elemento de natureza política há legitimidade para criação de uma organização estatal, livre, soberana, assegurada por uma Constituição. Por isso, quando se menciona a titularidade da soberania popular se refere a um único sujeito legítimo, o povo, no singular. Dessa forma, ainda que existam “populações” minoritárias dentro dos Estados nacionais essa expressão política que tem sentido includente, em relação às etnias como as indígenas, historicamente, representou, pela visão institucionalista dos organismos

comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados”.

estatais, exclusão, assimilação, proibições, negações de direitos e extermínio (SOUZA FILHO, 2012, p. 77).

Assim, justificou-se historicamente o receio do uso do designativo de povos para as comunidades indígenas. Desde a ANC, havia receio de que, reconhecidos como povos, invocassem a autodeterminação para reivindicar soberania sobre seus territórios e se constituíssem em frações separatistas, fundando novos Estados livres. Daí porque se faz, sempre, a menção de que suas terras são integrantes do território brasileiro; assim também, há receio de falar em território que, tal qual povo, é um termo de designação de natureza jurídico-política cujo sentido pode ser empregado para fundação de nações, países ou dar origem a movimentos separatistas e de independência. Não à toa que, no caso Raposa Serra do Sol, o Supremo pormenorizou essas questões jurídico-conceituais sobre os indígenas a fim de reconhecer seus direitos e sua cidadania, apesar das particularidades, integrantes da sociedade brasileira, cujas garantias estão delimitadas pelas fronteiras do Estado:

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO.

[...] Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

[...]

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS POVO, PAÍS, TERRITÓRIO, PÁTRIA OU NAÇÃO INDÍGENA.

Somente o território enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo terras é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em terras indígenas. A traduzir que os grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a

qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como Nação, País, Pátria, território nacional ou povo independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de nacionalidade e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

Não obstante a advertência, como observam Carlos Frederico Marés (2012, p. 78) e Lucas Lixinski (2013, p. 104), há um certo exagero em pôr no mesmo patamar o sentido de autodeterminação conferido pelo direito internacional e constitucional e o realizado a partir do respeito às comunidades indígenas. Autodeterminação indígena nada mais é do que uma autonomia relativa frente ao Estado, pois esses povos têm seu próprio direito, suas próprias normas de organização social, não têm o objetivo de constituir qualquer Estado independente, ainda que, por outro lado, os Estados nos quais se situam não os protejam como sujeitos de direito, não é o caso brasileiro da Constituição Federal de 1988. Além disso, autodeterminação indígena tem um sentido cultural e simbólico relacionado, segundo Marés (2012, p. 78), à estima social e, “antropologicamente falando, diz respeito à vontade coletiva de um grupo socialmente organizado” (SOUZA FILHO, 2012, p. 80).

Tanto assim que o Brasil adotou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, em que se utiliza a terminologia povos indígenas e tribais em países independentes e que, em seu artigo 1º, além de prever o critério da autoatribuição para determinação dos grupos aos quais ela se aplica, também observa que o termo não pode ser empregado e interpretado no sentido usualmente referido no direito internacional⁴⁰.

⁴⁰ Eis a redação do artigo 1º da Convenção 169 da OIT: “1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em

Os direitos culturais estão interrelacionados à proteção e ao respeito às suas manifestações, expressões culturais, conhecimentos tradicionais, como também aos seus modos de vida, ao uso de suas línguas (artigos 231 e 210, § 2º, da Constituição Federal de 1988) e à transmissão de seus saberes, fazeres e viveres em seus processos educacionais autônomos e particulares. Assim, apesar de estarem intimamente ligados, seus direitos não são apenas os direitos originários sobre suas terras, isto é, de acordo com o STF no Acórdão do julgamento da Petição nº 3.388, os reconhecidos, declarados, não outorgados, sobre os territórios que tradicionalmente ocupam, mas também os coletivos sobre seus valores artísticos, meios de expressão, formas de conhecimento, integrantes do patrimônio cultural⁴¹.

Portanto, os povos indígenas têm direitos coletivos sobre seus bens culturais imateriais. Eles são indivisíveis atribuíveis a toda coletividade, ainda que beneficie individualmente os direitos subjetivos de seus membros. O tratamento constitucional dos povos indígenas e da Convenção 169 da OIT se expressa na organização social desses sujeitos. Os direitos sobre seu PCI e, igualmente, às terras, devem ser reconhecidos e declarados, eles são anteriores a qualquer legislação regulamentadora, ainda que, apesar da existência, o Direito estatal moderno continue a tratá-los como inexistentes ou invisíveis (SOUZA FILHO, 2012, p. 183). Esse direito coletivo sobre o PCI deriva da sua organização social enquanto grupo humano autônomo, autoorganizado e autodeterminado. Segundo Carlos Frederico Marés (2012 p. 179/184):

Estes direitos não podem ser divididos por titulares, uma eventual divisibilidade de seu objeto fará com que todos os titulares do todo continuem

países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção. 3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional".

⁴¹ O Estatuto do Índio, em seu artigo 47, desde a década de 1970 continha essa garantia.

sendo titulares das partes. Não são passíveis de alienação, portanto não podem ser reduzidos ao patrimônio de um indivíduo, são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis. Não tem valor econômico em si para cada indivíduo, somente podem tê-lo para a coletividade, exatamente por isso é inapropriável individualmente.

[...]

Não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado a promover sua defesa, que beneficia a todos.

Não à toa que, no plano internacional, atualmente, pugna-se pelo respeito aos direitos dos povos indígenas e se garante o controle dessas coletividades sobre seu PCI, seja o declarado pelo Estado, seja no sentido impróprio de bens culturais imateriais. Sobre isso, o artigo 31 (1) da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Os povos indígenas têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver seu patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais, suas expressões culturais tradicionais e as manifestações de suas ciências, tecnologias e culturas, compreendidos os recursos humanos e genéticos, as sementes, os medicamentos, o conhecimento das propriedades da fauna e da flora, as tradições orais, as literaturas, os desenhos, os esportes e jogos tradicionais e as artes visuais e interpretativas. **Também têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais.** (negritou-se)

O reconhecimento desse direito coletivo ao patrimônio cultural imaterial para os povos indígenas e outras comunidades tradicionais não é novidade no direito, mormente na legislação ambiental. Assim, para o desenvolvimento sustentável desses grupos tradicionais que têm papel relevante na conservação do meio ambiente, é necessário proteger elementos do PCI integrados ou associados à natureza. Eis o que dispõe a Convenção da Diversidade Biológica, em seu artigo 8º, alínea (j):

Em conformidade com sua legislação nacional,

respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas⁴² com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas⁴³.

Para a Convenção da Biodiversidade, esses sujeitos coletivos de direitos são detentores desses conhecimentos tradicionais. A delimitação e a identificação desses bens culturais imateriais permitem, além de estabelecer a titularidade coletiva de seus detentores, traçar uma fronteira na qual isonomicamente esses sujeitos estejam em pé de igualdade com outras pessoas, grupos, terceiros que tenham interesse em aplica-los em outros domínios e campos que não o comunitário, simbólico, cultural.

Além dos povos indígenas, a Constituição de 1998 protege expressamente os quilombolas. Ela tomba documentos e sítios de suas

⁴² Vê-se aqui mais uma disposição na qual se evita o uso do termo “povos” para se referir aos indígenas. Contudo, pelo sentido de autodeterminação do conceito, como analisado anteriormente, prefere-se adotar esse termo ao designativo demográfico “populações”.

⁴³ Conhecimentos tradicionais em sentido amplo são bens culturais imateriais em sentido impróprio, conforme classificação adotada nesta tese. A lei brasileira nº 13.123, de 20 de maio de 2015, regulamenta o uso de conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético. Embora seja uma espécie de modelo *sui generis* de proteção a bens culturais imateriais que reconhece um direito intelectual coletivo especial de comunidades tradicionais, não se adentrará em aspectos particulares desta legislação, pois interessa aqui averiguar o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos a partir dos efeitos do Registro do patrimônio cultural imaterial, isto é, sobre os bens culturais imateriais declarados por um mecanismo constitucionalmente previsto com a finalidade de proteção do PCI. Ainda assim, nem todo conhecimento tradicional é associado ao patrimônio genético ou ao meio ambiente natural, muito embora a Convenção da UNESCO de 2003, como não poderia deixar de ser, enfatize que o PCI possa ser criado e recriado em função do ambiente natural. Contudo, não se ignora sua importância para identificação das comunidades tradicionais e para instauração de normas procedimentais que regulam a relação desses grupos com terceiros interessados em acessar seus conhecimentos tradicionais.

reminiscências históricas, bem como, no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reconhece a esses sujeitos coletivos o direito à propriedade definitiva sobre suas terras.

Os quilombolas são grupos étnico-raciais, culturalmente diferenciados com identidade e sentimento de pertencimento comum, que se autoreconhecem como tais, de ancestralidade negra, que partilham uma trajetória histórica de opressão dos grupos sociais dominantes no Brasil, cuja organização social tem forma própria vinculada aos territórios de uso coletivo comum e sustentável nos quais há a reprodução social, cultural e material dos elementos do seu cotidiano (JORGE, 2016, p. 129). Esta definição formulada aproxima-se do conceito do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras, para quem se consideram remanescentes das comunidades dos quilombos, conforme seu artigo 2º, “os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida”.

Este Decreto regulamenta diretamente o artigo 68 do ADCT e o artigo 34 do Estatuto da Igualdade Racial, muito embora o dispositivo constitucional se trate de direito fundamental coletivo desses grupos de aplicabilidade imediata, cuja obrigação estatal é garantir a efetividade de titulação que não somente é forma de preservar dignamente os seus modos de vida, mas de proteção da sua cultura, dos seus bens culturais imateriais e de reprodução material e simbólica (PRIOSTE, 2015, p. 27-28; ARAÚJO, 2015, p. 133). Muito embora se adote essa definição com base na autoatribuição de sua identidade cultural, presente no Decreto, ela é alvo de questionamento da ADI nº 3.239/2004, impetrada no Supremo Tribunal Federal pelo antigo Partido da Frente Liberal, hoje Democratas, que alega a inconstitucionalidade formal da via eleita para regulamentar o artigo 68 do ADCT, devendo nessa suposição ser matéria objeto de lei, e aplicando uma interpretação restritiva à expressão “remanescentes quilombolas”. Isso porque o partido demonstra-se, na ação, preocupado com a extensão dos direitos quilombolas a outros grupos para efeitos de reconhecimento da titularidade de terras.

Em verdade, o intento é ressuscitar, pela via interpretativa judicial *erga omnes*, um conceito de quilombola baseado no fenótipo dos integrantes de seus grupos, que descenderiam direta e historicamente de escravos fugidos e isolados do período colonial brasileiro, que ocupavam suas terras desde o ano da abolição da escravatura (1888) e persistiam ocupadas por remanescentes na data da promulgação da Constituição

Federal de 1988. Em suma, com a declaração de inconstitucionalidade, pretendem ripristinar o Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001, no qual esses critérios delimitadores estavam inseridos⁴⁴.

Inobstante a objeção ao critério de autoatribuição identitária dos quilombolas, vale dizer que não se pode interpretar a questão sem considerar os dispositivos constitucionais dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal que garantem seus direitos culturais, sem lembrar que sua identidade coletiva é construída também pelas manifestações culturais, expressões e conhecimentos mobilizados em seus territórios como ferramentas de defesa de seus direitos coletivos (JORGE, 2016, p. 120; PRIOSTE, 2015, p. 26). O não-reconhecimento de suas terras ou violação de seus direitos enquanto titulares representam lesão ao seu próprio patrimônio cultural protegido constitucionalmente. Sua titularidade comunal, coletiva, não somente abrange suas terras, mas bens culturais imateriais que lhes pertencem (TRECCANI, 2015, p. 66).

⁴⁴ O julgamento deste processo encontra-se suspenso em virtude do pedido de vistas do Ministro Dias Toffoli. Porém, até o fechamento desta tese, dois Ministros do Supremo Tribunal Federal já haviam apresentado seus votos, o Ministro relator, hoje aposentado, Cesar Peluso, e a Ministra Rosa Weber. Para o primeiro, a ação é procedente, pois haveria inconstitucionalidade formal, já que a matéria da titulação das terras quilombolas deveria ser regulada por lei e, além disso, o Decreto se basearia em conceitos “metajurídicos” para definir “remanescentes de comunidades de quilombos”. Por outro lado, a Ministra Rosa Weber entendeu que o artigo 68 do ADCT é um direito fundamental de aplicabilidade imediata, cujos procedimentos administrativos para garantia da titulação das terras quilombolas poderiam ser regulados naturalmente na figura normativa do Decreto presidencial. Não há data de previsão de retorno do processo para a pauta do STF. Assim também, importa ressaltar que não vai se adentrar em pormenores da questão quilombola e dos argumentos a favor e contra a autoidentificação desses grupos étnicos-raciais, apenas se faz necessários identificar os quilombolas sob o prisma dos sujeitos coletivos detentores do seu próprio PCI. Porém, pelas características mais gerais desses grupos já apresentadas, assim como as particulares dos quilombolas, vê-se que a compreensão adotada é incompatível com qualquer interpretação de natureza restritiva que tenha por intuito denegar direitos dessas comunidades e violar seu *status* e estimas sociais para efeitos de reconhecimento de seus direitos culturais. Para uma análise da ADI nº 3.239 ver *Direito Constitucional Quilombola* (PRIOSTE; ARAÚJO, 2015).

Essa oposição também ignora que, tal qual aos indígenas, a Convenção 169 da OIT se aplica aos quilombolas. Isso porque na definição de povos tribais se compreendem todos os grupos diferenciados com organização social distinta, regidos por direito costumeiro ou legislação especial, cuja identidade é autodefinida. Assim, mesmo a ADI 3.239 resolver-se-ia com a interpretação de que o critério da autoatribuição estaria em norma de superior hierarquia ao Decreto⁴⁵ e, portanto, não se poderia alegar qualquer inovação ou criação de direitos pela via do regulamento presidencial (ALMEIDA, 2015, p. 91). No Poder Judiciário, há decisões que ratificam esse entendimento:

CONSTITUCIONAL. REMANESCENTES DE COMUNIDADES DE QUILOMBOS. ART. 68-ADCT. DECRETO Nº 4.887/2003. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. 1. DIREITO COMPARADO. DIREITO INTERNACIONAL. O reconhecimento de propriedade definitiva aos "remanescentes de comunidades de quilombos" é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. Questionamento, por parte de comitês e comissões internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu competência, no sentido da preocupação com a violação dos direitos das comunidades negras, recomendando adoção de procedimentos para efetiva titulação das comunidades quilombolas. Compromissos firmados e que encontram substrato na "prevalência dos direitos humanos" como princípio regente das relações internacionais. 2. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Na interpretação das normas constitucionais, há que se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima

⁴⁵ A Convenção 169 da OIT reconhece e garante direitos humanos de povos indígenas e tribais, mas é igualmente extensível a comunidades tradicionais que se enquadrem nessas definições enquanto grupos de identidades culturais diferenciadas que assim se autorreconhecem, com organização social própria, e estão vinculados a um território do qual dependem para se reproduzir social, cultural e economicamente. Como a Convenção não atravessou o rito do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, formalmente não teria o *status* de norma constitucional, como visto, porém pela inovação interpretativa do STF possuiria um *status supralegal*. Ainda assim, entende-se que, como se tratam de normas de direitos humanos de sujeitos coletivos de direitos, materialmente são consideradas constitucionais.

efetividade e a eventual concordância, não sendo, em princípio, inconstitucional regulamentação, por decreto, de direitos das referidas comunidades, passados quase vinte anos da promulgação de uma "disposição constitucional transitória".

3. NECESSIDADE DE LEI. A regulamentação, por meio de decreto, que não fere a Constituição, nem constitui espécie de decreto autônomo, quando: a) inexistente, para o caso, expressa previsão de lei em sentido formal, a regular a matéria; b) as Leis nº 7.688/88 e 9.649/98 dão suporte ao procedimento da administração; c) estão presentes todos os elementos necessários para a fruição do direito. Discussão, ainda não pacificada, sobre a existência ou não de "decreto autônomo" ou "independente", depois da EC nº 32/2001.

4. CONVENÇÃO Nº 169-OIT. Plena aplicabilidade do tratado internacional de proteção de "comunidades tradicionais", não destoando o Decreto nº 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnicidade nacional.

5. QUILOMBOLAS. Conceito que não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíam apenas de escravos fugitivos; b) a Associação Brasileira de Antropologia-ABA estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades negras; d) os remanescentes não constituem "sobra" ou "resíduo" de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas "terras de santo", "terras de índios" e "terras de preto".

[...] (Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.034037-5/SC – 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Data de Julgamento: 24/03/2009. Publicação: 07/05/2009)

Visto isso, percebe-se que, dentro do que a Constituição Federal de 1988 denomina de grupos formadores da sociedade brasileira, encontram-se outros grupos sociais tradicionais, além de indígenas e quilombolas, apesar do destaque dado aos povos originários e às coletividades afrodescendentes, para quem a Convenção 169 da OIT é igualmente válida. Esses sujeitos têm igualmente titularidade coletiva sobre seus bens culturais imateriais.

A ampliação desses grupos está na definição de povos e comunidades tradicionais do Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – PNPCT. Segundo seu artigo 3º, povos e comunidades tradicionais são grupos socialmente diferenciados, que se autodefinem, possuem normas de organização social particulares, ocupam um território⁴⁶, e utilizam seus recursos naturais para reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, fazendo uso de conhecimentos, inovações e práticas cujas origem e continuidade se dão na transmissão intergeracional. O patrimônio cultural imaterial integra os elementos necessários para a manutenção dessas identidades, assim como, também, para a criação de condições para que novas expressões e conhecimentos floresçam. Nada diferente encontra-se na definição normativa de “comunidades tradicionais” do artigo 2º, inciso IV, da Lei

⁴⁶ O inciso II do mesmo dispositivo define territórios tradicionais. Em virtude desse conceito, vê-se que o emprego do termo território pela legislação atinente a povos e comunidades tradicionais nada guarda de relação com o sentido político de área geográfica delimitada sobre a qual a soberania popular de um povo exerce sua autodeterminação, afastando os medos e receios de que esses sujeitos pudessem reivindicar a existência de Estados independentes. Assim, define o Decreto nº 6.040/2007 territórios tradicionais como: “II - Territórios Tradicionais: os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações”.

nº 13.123/2015: como:

grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição.

A representação concreta e exemplificativa desses povos e comunidades tradicionais detentoras de bens culturais imateriais está no Decreto nº 8.750, de 09 de maio de 2016, que institui o Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais. Os segmentos que compõem esse Conselho demonstram a diversidade cultural brasileira cujos bens culturais imateriais portam referência a sua memória, identidade e ação: povos indígenas, comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, catingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, andirobeiros e caboclos.

Além dos direitos de autoatribuição e aos territórios tradicionais, a PNPCT reforça como objetivo assegurar o pleno exercício dos direitos coletivos, como o patrimônio cultural imaterial, em situações de conflito ou ameaça, bem como reconhecer e proteger os direitos culturais de povos e comunidade tradicionais sobre seus conhecimentos, práticas, expressões.

A Convenção 169 da OIT prevê que os governos devem adotar medidas para a proteção dos direitos de povos e comunidades tradicionais, tendo em vista o princípio de isonomia frente aos demais grupos da sociedade da qual façam parte, a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, respeitando seu direito costumeiro e suas formas de organização social, e a eliminação de desigualdades socioeconômicas que comprometam seus modos de vida. De acordo com seu artigo 4º, os bens e a cultura desses detentores devem ser salvaguardados a partir de medidas especiais. Assim como, também, os valores e práticas sociais e culturais desses sujeitos devem orientar a aplicação das determinações da Convenção.

Além disso, como direito material e procedimental desses sujeitos

coletivos, a Convenção determina que os governos, ao aplicarem a Convenção, devem respeitar, conforme seu artigo 6º: a) o direito à consulta sobre medidas legislativas e administrativas que afetem ou sejam suscetíveis de afetar seus direitos, adotando os procedimentos apropriados para esse fim; b) o direito à prévia informação para que participem e consintam livre e expressamente sobre medidas que possam afetá-los ou sobre políticas e programas concernentes a seus direitos; e c) o direito aos recursos materiais para exercício do direito à consulta, livre, expresso e informado.

Em quaisquer hipóteses de atos, medidas ou intervenções nos direitos de povos e comunidades tradicionais, mesmo diante da aplicação da legislação nacional, a Convenção obriga os Estados a levar em consideração o seu direito consuetudinário e a conservar seus costumes e instituições, desde que não colidam com os direitos fundamentais (humanos) (artigo 8º). Como expressão da autodeterminação desses sujeitos, a Convenção estabelece a liberdade de escolha das próprias prioridades no processo de desenvolvimento (artigo 7º), assim também como o direito de controlar seu desenvolvimento cultural. Nesse último sentido, os bens culturais, de acordo com o artigo 23 da Convenção 169 da OIT, são não somente fatores de reconhecimento de suas identidades culturais, mas também elementos de subsistência e sobrevivência importantes para manutenção de suas culturas e autossuficiência (MOREIRA, 2006, p. 100-101).

Quanto à proteção dos bens culturais imateriais de povos e comunidades tradicionais, a Constituição Federal de 1988 enumera alguns mecanismos e instrumentos que corresponderiam às medidas especiais mencionadas pela Convenção 169 da OIT. Seriam inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e outras formas de acautelamento e preservação, enfim, segundo a Convenção da Diversidade Cultural de 2005, toda medida adotada que tenha por finalidade a salvaguarda e a valorização da diversidade cultural. Proteger refere-se a adotar quaisquer medidas com esse fim.

Porém, diante da natureza do bem cultural imaterial, nem todos esses instrumentos e mecanismos resguardariam o PCI de povos e comunidades tradicionais. Para a Convenção de 2003 da UNESCO, o termo adequado não seria proteger, mas salvaguardar, muito embora, em sua definição, englobe a ação protetiva. Porém, no que concerne ao PCI, a finalidade das medidas é a garantia de sua viabilidade. Para tanto, são necessárias medidas para identificação, documentação, investigação, preservação, promoção, valorização e transmissão através da educação formal e informal e da revitalização dos bens (artigo 2º (3)).

A escolha desses instrumentos ficaria a critério do Estado, muito embora a própria Convenção já delinear papéis a alguns instrumentos na divisão do trabalho de salvaguarda do PCI, tal qual o atribuído ao inventário pelo artigo 12, isto é, assegurar, sobretudo, a identificação do bem. No entanto, não menciona o mecanismo de reconhecimento nem dos bens, nem dos sujeitos coletivos detentores do PCI. Ainda assim, enumera, no artigo 13, outras medidas de salvaguarda como uma política cultural nacional de salvaguarda, a criação de estruturas jurídico-administrativas para desempenho dessa competência, a realização de estudos e pesquisas sobre o PCI, criação de instituições de formação e gestão do PCI, a garantia da transmissibilidade intergeracional nos locais onde manifestações e expressões são referências culturais, a criação de instituições de documentação e, por fim, outras medidas de ordem técnica, administrativa e financeira.

No Brasil, este mecanismo de reconhecimento dos bens culturais imateriais e, por conseguinte, dos seus sujeitos coletivos detentores só irá aparecer, no plano federal, com a edição do Decreto nº 3.551/2000. Antes disso, as referências valorativas do patrimônio eram ao PCM de grupos sociais e intelectuais vinculados às classes dominantes social e politicamente, bens identificados pelo mecanismo do tombamento aplicado pelo IPHAN.

Nesse sentido, não havia reconhecimento e respeito a direitos culturais coletivos de povos e comunidades tradicionais, na medida em que suas culturas eram invisibilizadas e seus direitos, sistematicamente denegados. Contudo, o aparecimento do Registro do PCI engendrou nos detentores expectativas de direitos para além dos seus efeitos de reconhecimento e valorização de bens culturais imateriais e sujeitos responsáveis por sua formação, produção e reprodução cultural. Pensava-se que o Registro teria como efeitos a atribuição de titularidade de expressões e conhecimentos tradicionais declarados como PCI brasileiro, em que os detentores poderiam se opor a terceiros que explorassem ilicitamente seus bens culturais imateriais, e decidir coletivamente sobre os usos desses patrimônios, vezes se autoatribuindo titulares de direitos intelectuais coletivos sobre suas expressões e modos de saber-fazer registrados.

Essa expectativa criada em torno do mecanismo só foi possível porque a Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos culturais como direitos fundamentais de indivíduos e dos grupos formadores da sociedade brasileira. Seus princípios implícitos irradiadores para legislação infraconstitucional condicionam a aplicação dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural. Porém, o que se nota, diante da

história da preservação dos bens culturais, é uma ausência ou lacuna do imaterial. Essa trajetória de mudanças da política de proteção do patrimônio, cuja guinada também representa mutação de valores e deslocamento dos eixos de utilização de instrumentos protetivos, será explorada no 2º capítulo.

2 HISTÓRIA DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO: O LUGAR DO IMATERIAL

- “– Olhe para estes velhos, inspector. Eles todos estão morrendo.
– Faz parte do destino de qualquer um de nós.
– Mas não assim, o senhor entende? Estes velhos não são apenas
pessoas.
– São o quê, então?
– São guardiões de um mundo. É todo esse mundo que está sendo
morto.
– Desculpe, mas isso, para mim, é filosofia. Eu sou um simples
polícia.
– O verdadeiro crime que está a ser cometido aqui é que estão a
matar o antigamente...
– Continuo sem entender.
– Estão a matar as últimas raízes que poderão impedir que
fiquemos como o senhor...
– Como eu?
– Sim, senhor inspector. Gente sem história, gente que vive por
imitação.” (A varanda do Frangipani – Mia Couto)

O alargamento conceitual de patrimônio cultural pela Constituição de 1988 trouxe à tona não apenas a indivisibilidade de suas dimensões, material e imaterial, mas a evidência da existência dessa última como integrante do direito cultural fundamental ao acesso e fruição dos bens culturais protegidos, bem como a face de bem difuso referente à sociedade brasileira a partir do uso dos mecanismos de proteção na esfera federal, reproduzidos e ajustados às realidades culturais de Estados e Municípios. Por outro lado, a imaterialidade aparece como consequência do reconhecimento mais amplo de direitos culturais de sujeitos coletivos anteriormente invisibilizados durante boa parte da trajetória histórica da narrativa e das práticas predominantes das políticas culturais de proteção, preservação e conservação do patrimônio cultural no Brasil.

A emergência do imaterial não somente enunciou outros instrumentos jurídicos adequados para lidar com a natureza processual, dinâmica e mutável desse tipo de bem cultural, mas demandou, do Poder Público, sua regulamentação premente após a Constituinte de 1988, o que, diante da atenção dada exclusivamente aos bens materiais, se deu ainda muito tardiamente.

Assim, no âmbito nacional, apareceu o Registro do patrimônio cultural imaterial, por meio da edição do Decreto nº 3.551, de 04 de

agosto de 2000, com o fito de identificar, reconhecer e salvaguardar expressões, conhecimentos, tradições, lugares, celebrações, práticas e processos vinculados aos grupos, povos e comunidades anteriormente excluídos do campo institucional da patrimonialização. Não significa que a existência deste mecanismo seja o marco do pontapé inicial para o referenciamento e valorização desses bens, pois a história da política de proteção do patrimônio cultural no Brasil também está permeada, desde suas origens, de antecedentes contramajoritários da tutela circunscrita ao que se denominou de *pedra e cal*, bem como seu surgimento é consequência e resultado dessas iniciativas transformadoras da própria noção de bens culturais e patrimônio.

Para se compreender o Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, é necessário confrontar e conectar esses antecedentes com a própria discussão de sua formulação. Nesse último sentido, não há como interpretar seus princípios, procedimentos e efeitos sem entender os motivos, razões e estratégias das opções feitas pelo IPHAN e pelos atores e sujeitos que participaram ativamente de sua construção para que se dimensione o seu âmbito de aplicação, as exclusões propositais da matéria normatizada, seus *efeitos imediatos explícitos declaratórios*, mas, também, perceber que os usos que os detentores e sujeitos afetados pelo mecanismo de salvaguarda de bens culturais imateriais fazem do ato declaratório extrapolam as previsões infralegais de titulação de patrimônio imaterial brasileiro e de sua inserção em um programa nacional que garanta a sua continuidade histórica.

Ao contrário, os usos inventivos, protetivos, defensivos e preventivos do Registro por esses sujeitos contra terceiros, que tem por intuito, muitas vezes, explorar economicamente os produtos de expressões e conhecimentos tradicionais ou interferir na existência, extensão e continuação de práticas e atividades relacionadas aos bens imateriais, demonstram a existência de *efeitos mediatos implícitos constitutivos*, alicerçados na reivindicação de direitos culturais coletivos, dentre os quais, direitos intelectuais sobre expressões e conhecimentos tradicionais, cujas bases encontram-se nas demandas que fazem ao IPHAN para gerir conflitos relativos aos bens baseados exclusivamente em sua competência legal de proteção do patrimônio cultural, na interpretação com a legislação brasileira e a internacional que garantem direitos a povos e comunidades tradicionais, e na construção de direitos a partir da própria organização social e participativa dessas coletividades.

Nascem aí, do direito ao patrimônio cultural imaterial, outros direitos culturais gerados por um ato declaratório de identificação não apenas de bens, mas de reconhecimento dos sujeitos vinculados à sua

cotidianidade, transmissão e vivência sem as quais tanto sua produção, difusão e conhecimento a todos ficariam comprometidas. Antes de somente declarar a referencialidade com o fito de identificar, documentar e fomentar o bem imaterial, o Registro acaba por ser instrumento não apenas de salvaguarda, mas de reconhecimento de direitos, apresentando-se na prática como mecanismo constitutivo, independentemente do tipo normativo que o alicerça.

Assim, o presente capítulo tem por objetivo, apoiado nas constatações das ausências e das lacunas jurídicas deste debate sobre proteção de bens imateriais na história da preservação do patrimônio cultural brasileiro e no histórico de sua criação, situar o lugar do papel do Registro enquanto mecanismo de salvaguarda de bens imateriais.

2.1 A proteção do patrimônio cultural no Brasil: um histórico de ausências do imaterial

A história da proteção jurídica do patrimônio cultural no Brasil está associada às relações da formação do Estado nacional com a cultura, cujas fases e mitos fundadores demonstram as tensões ao redor das mudanças de concepção acerca do objeto jurídico protegido pelas ações estatais, da noção de valor, dos critérios de seleção dos bens e os correspondentes instrumentos de tutela, dos sujeitos envolvidos nas atribuições valorativas e dos graus de participação dos diferentes atores na prática administrativa desde a escolha do que é ou não protegido até a formulação de políticas públicas de conservação, salvaguarda, apoio e fomento.

É, portanto, uma história recente que remonta ao início do século XX, mas cujos antecedentes se fincam em ações e iniciativas pontuais e isoladas no período colonial e no Império⁴⁷, circunscritas à preservação

⁴⁷ A historiografia da proteção do patrimônio cultural, “na busca de uma ancestralidade” (CHUVA, 2009, p. 59), aponta dois fatos históricos como iniciativas precursoras da preservação de bens culturais. A primeira relacionada ao pedido que Dom André de Melo e Castro, Conde das Galveias, Vice-Rei do Brasil durante a primeira metade do século XVIII, fez ao Governador de Pernambuco, Luís Pereira Freire de Andrade, para que conservasse construções do período da administração de Maurício de Nassau, erguidas durante a invasão holandesa, mormente o Palácio das Duas Torres, diante de sua importância enquanto monumento histórico e da notícia de nova destinação de uso e reformas (MEC, 1980, p. 31). A segunda refere-se às ordens do Conselheiro Luiz Pedreira do Couto Ferraz, Visconde do Bom

de bens materiais, ou seja, sequer havia ainda sido introduzida a percepção da necessidade de proteção de bens intangíveis, algo que viria mais tarde com o anteprojeto de Mário de Andrade, pouco antes do Estado Novo, para a criação de um órgão incumbido de defender o patrimônio histórico e artístico incluindo nesse conceito obras da cultura popular, o que mais tarde viria a ser retomado pelo futuro IPHAN e por uma série de instituições e projetos estatais que influenciariam posteriormente a

Retiro e Ministro do Império, aos Presidentes das Províncias, para que enviassem à Biblioteca Nacional coleções epigráficas, ao tempo no qual requisitou ao Diretor de Obras Públicas da Corte cautela na conservação e restauro de monumentos para que as inscrições originárias de datas e informações relevantes sobre os bens não fossem danificadas, subtraídas ou destruídas (MEC, 1980, p. 09). Apesar disso, a construção de uma memória oficial se deu a partir da fundação de algumas instituições e equipamentos culturais com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, após as invasões napoleônicas. Dom João VI criou a Biblioteca e o Museu Nacional, além de instituir o embrião do mecenato da aristocracia monárquica com o financiamento de atividades de cunho artístico e científico. Com a Independência, o Império ampliou essa tentativa de construção de uma memória nacional comum e homogênea para gerar o sentimento de unidade territorial e política do país, criando o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB. Segundo o historiador do direito do patrimônio cultural, José Ricardo Oriá Fernandes (2010, p. 6), “Por formularem uma História para a nação e desenvolverem uma nomenclatura própria na Historiografia brasileira, consideramos os Institutos Históricos como ‘lugares de memória’ e precursores da política patrimonial. Assim, a História que orientou grande parte do Patrimônio nasceu nos Institutos Históricos, a partir de meados do século XIX, e serviu de auxiliar na tarefa de construir a Nação ou para ressaltar a importância de uma determinada região no contexto geral do País”. Como se vê, colonos, posteriormente os cidadãos do Império, assim como povos originários, escravos e as classes ditas subalternas, foram excluídos dessa narrativa oficial dos primórdios do Estado brasileiro. Quando aparecem descritos ou referenciados pela memória patrimonial oficial, nessa época, eram frequentemente romantizados a partir dos parâmetros e padrões do homem branco europeu apenas com a finalidade de unificar uma multiplicidade de identidades espalhadas pelo país. Em geral, como foram invisibilizados, aniquilados e ignorados historicamente, há uma dificuldade de construção de suas próprias narrativas de proteção do patrimônio, já que a opção inicialmente feita pelo Estado-Nação foi a de preservar os valores culturais das elites brasileiras.

presença definitiva do imaterial na norma do artigo 216 da Constituição de 1988.

Afinal, muito embora práticas preservacionistas e de conservação de bens com a finalidade de resguardo da memória, do passado e de vinculação ou enaltecimento da identidade cultural de povos e grupos humanos integrem a própria história da humanidade em diferentes contextos, a categoria patrimônio é recente, própria do Estado Moderno europeu, desenvolvida principalmente nos períodos das revoluções liberais, como a francesa, com a ameaça de destruição de edificações, monumentos e de saques de objetos pertencentes às aristocracias, cortes e clero dos regimes monárquicos e uma instrumentalização das noções de arte e de história para construção da identidade nacional (FUNARI; PELEGRINI, 2006, p. 14-17; RODRIGUES, 2012c, p. 290; FONSECA, 2005, p. 37). Somente no Século XIX é que surgem as primeiras legislações dedicadas ao que se denominou inicialmente de patrimônio histórico e artístico⁴⁸. Segundo Marcia Sant'Anna (2009, p. 50):

Até o século XVIII, a seleção de monumentos históricos produzia-se, como mostra Françoise Choay, no mundo restrito dos antiquários e estetas, e referia-se ainda, basicamente, a antiguidades gregas e romanas, com vistas à confirmação de hipóteses históricas e ao estudo de sistemas construtivos e estilos arquitetônicos. No período da Revolução Francesa, entretanto a concepção se estendia aos edifícios de um passado medieval mais recente, que também eram considerados obras de arte, testemunhos do saber humanos ou, mesmo de uma história. Foi nesse momento que a expressão começou a ser vinculada mais estreitamente ao campo da representação e ser utilizada com fins políticos, objetivando unir

⁴⁸ Segundo o jurista Jair Lins, autor de esboço de anteprojeto de lei federal para organizar a proteção do patrimônio histórico e artístico, em 1925, Áustria, Suécia, Noruega, Grécia, Itália, Dinamarca, Espanha, Egito, Finlândia, Turquia, México, Portugal e Creta, por meio de decretos, leis e ordenanças, ao final do século XIX e início do XX (caso mexicano), já disciplinavam formas de conservação e proteção de bens históricos e artísticos, chamando atenção assim para o interesse tardio do Brasil e a necessidade de intervenção estatal com base na função social da propriedade a fim de proteger o interesse da coletividade na preservação do patrimônio (MEC, 1980, p. 38).

grupos socialmente, e até culturalmente, heterogêneos a uma identidade ou a um projeto de nação. Os monumentos históricos, os saberes e as práticas que os rodeiam institucionalizaram-se e, com a criação dos primeiros instrumentos de preservação – museus e inventários –, surgiu e consolidou-se a ideia de patrimônio nacional.

[...] Sob a Revolução Francesa, o conceito de patrimônio nacional irrompeu para responder à urgência de salvara da rapinagem e da destruição os imóveis e as obras de arte, antes pertencentes ao clero e à nobreza, que foram transformados em propriedade do Estado. Apoiada no saber dos eruditos e na vontade daqueles que, mesmo não sendo aristocratas, não queriam ver tais riquezas e obras de artes destruídas, a noção de patrimônio nacional nasceu de um embate de forças, apelando a um sentimento nacional e atendendo a uma conveniência econômica.

Assim, a trajetória da proteção jurídica patrimônio cultural imaterial é, de início, permeada por ausências e por lacunas, parcialmente extirpadas pela fundamentalidade dos direitos culturais e pela regulamentação do mecanismo de salvaguarda do Registro no plano federal, replicada nos demais âmbitos federativos. Porém, não há como compreender a salvaguarda do patrimônio imaterial sem se imiscuir nas origens da própria proteção do patrimônio cultural brasileiro.

No Brasil, a noção de patrimônio como categoria jurídica aparece por influência de alguns países europeus que adotaram medidas, legislações, e criaram inspetorias, como a França, para preservação de obras de arte, monumentos e edificações de valor histórico e artístico. A evocação desses dois valores basilares, que irão encontrar seu ápice na Constituição de 1934 e no Decreto-Lei 25/37, justifica-se pelo apelo ao sentimento de pertencimento ao Estado-nação e à formulação de uma identidade nacional. Os bens selecionados e geridos pelo Estado seriam referências a uma identidade coletiva uniforme, homogênea e nacional.

Como parte desse mesmo processo de construção da nação, as teses nacionalistas, de uma forma quase absoluta, representam a nação como algo muito antigo, imemorial. As autoimagens das nações, recorrentes em qualquer parte do mundo ocidental, são representações construídas e reconstruídas, reproduzidas e multiplicadas,

reafirmadas permanentemente, por infinitas redes de agentes e agências de poder, com base em inúmeras frentes temáticas e em diferentes suportes materiais capazes de fazê-las circular, divulgando-as e vulgarizando-as, como se pudessem espelhar o próprio real.

A história, assim, confunde-se com a biografia da nação criando teses instituidoras da nacionalidade que legitimam uma ideia de imemorialidade que não pode afirmar suas qualidades ‘adormecidas’, se não inatas, apenas devido a forças externas. Não se pode, portanto, desconsiderar o papel decisivo do conceito de nação como base da organização política dos Estados territoriais no sentido de se tornarem Estados mononacionais, e para a garantia do seu monopólio da violência física legítima.

A busca de uma ancestralidade à nação e a construção de autoimagens poderiam, portanto, ser identificadas, no Brasil, em diferentes práticas, também no âmbito da preservação do ‘patrimônio nacional’. (CHUVA, 2009, p. 59)

No começo do século XX, após a proclamação da República, essa era a forma encontrada para reunir e, ao mesmo tempo, deter os regionalismos que ameaçavam, com seus discursos fragmentários da unidade político-territorial brasileira, e as novas dimensões históricas e simbólicas desses espaços que transcendiam o território como elemento do Estado (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2011, p. 63). Para Durval Muniz de Albuquerque Júnior (2011, p. 61):

Diante da crescente pressão para se conhecer a nação, formá-la, integrá-la, os diversos discursos regionais chocam-se na tentativa de fazer com que os costumes, as crenças, as relações sociais, as práticas sociais de cada região que se institui nesse momento, pudessem representar o modelo a ser generalizado para o restante do país, o que significava a generalização de sua hegemonia.

A formação discursiva nacional-popular pensava a nação por meio de uma conceituação que a via como homogênea e que buscava a construção de uma identidade para o Brasil e para os brasileiros, que suprimisse as diferenças, que homogeneizasse estas realidades. Esta conceituação leva, no entanto, a que se revele a fragmentação do país, a

que seus regionalismos explodam e tornem-se mais visíveis.

Porém, não apenas a necessidade de transparecer, para o mundo, os padrões civilizatórios dos países europeus, com o transplante legal de seus institutos ou a importação de *standards* jurídicos, fizeram com que na década de 1920 do século passado surgissem as primeiras propostas legislativas de proteção de bens culturais, mas, igualmente, o irromper de paradigmas estéticos e literários na Semana de Arte Moderna de 22 que influenciou, na República Velha, a Revolução de 30, e modificou a estrutura das instituições e equipamentos culturais do país, sendo, posteriormente, boa parte dos seus intelectuais de vanguarda incorporados aos quadros de servidores do Estado Novo de Getúlio Vargas.

Os intelectuais modernistas romperam com antigas tradições estéticas do passado europeu para construir uma tradição genuinamente brasileira, defendendo a autonomia do campo cultural na sociedade, constituindo-a como uma nova estética que representasse universalmente a nação e a cultura brasileiras para dar continuidade à constituição dessa tradição, sem de todo abandonar as particularidades através da incorporação de suas expressões regionais, e sem dicotomizar o antigo e o novo, apesar do apelo ao moderno (FONSECA, 2005, p. 90-92).

Para Márcia Chuva (2009, p. 94), “a modernidade era, assim, compreendida como signo concreto de emancipação, autonomia e liberdade, assim como o rompimento de laços, provocado pelo choque de temporalidades”. Nesse sentido, a modernidade não trazia necessariamente o rompimento com o passado, mas seu resgate, pois enquanto as demais nações poderiam afirmar que possuíam uma cultura nacional interna (FONSECA, 2005 p. 90), o movimento modernista esforçava-se para tornar coesas, unitárias, totais e singulares as expressões populares, folclóricas e tradicionais, como espírito do povo e da nação, a fim de criar símbolos brasileiros próprios e dar início a representações distanciadas da Europa civilizada e dos hábitos importados pelas classes sociais mais abastadas. Na visão de Durval Muniz de Albuquerque Júnior (2011, p. 69):

O que o modernismo fez foi incorporar o elemento regional a uma visibilidade e dizibilidade que oscilavam entre o cosmopolitismo e o nacionalismo, superando a visão exótica e pitoresca naturalista. Esses elementos são trabalhados ora para destruir sua diferença, ora para ressaltá-la, apagando aquela distância produzida

pelo olhar europeizado. Entrando em empatia com o dado regional para diluí-lo ou integrá-lo a um discurso, a um texto, e a uma imagem que os resgatasse como livres e soltos de suas antigas espacialidades, dos antigos territórios a que pertenciam.

Foi o espírito nacionalista da época que contribuiu para o firmamento da necessidade da construção do conceito de patrimônio nacional e, conseqüentemente, da preservação de bens que os representavam. Assim, surgiram projetos de leis na Câmara dos Deputados que tipificavam juridicamente a natureza dos bens a ser protegidos, apresentavam critérios valorativos para sua seleção, criavam os instrumentos adequados para intervenção do Estado e, por fim, estabeleciam os órgãos competentes para cumprir essa finalidade e fiscalizar a integridade e as alterações que, porventura, fossem necessárias para sua conservação.

Muito embora essas iniciativas legislativas se dessem no âmbito federal, ainda na primeira metade da década de 1920 do século passado, Estados como Minas Gerais, Bahia e Pernambuco empreenderam esforços organizativos em sua estrutura administrativa em prol do patrimônio histórico. Em 1924, o governador mineiro, preocupado com a evasão, roubo e o comércio desmedido de antiguidades de cidades históricas de Minas Gerais, propôs a criação de uma Comissão para apresentar uma proposta que regulamentasse a comercialização de objetos desses acervos. Apesar de o resultado não se transformar em lei estadual, influenciou um dos projetos federais em trâmite na época, o do Deputado Luiz Cedro (1923), que tinha por intuito coibir a saída de obras de arte brasileiras para o estrangeiro⁴⁹ (MEC, 1980, p. 10).

Já os Estados da Bahia e Pernambuco dispuseram em leis a criação

⁴⁹ Tanto o trabalho da Comissão quanto o projeto de Luiz Cedro foram embriões para que, no DL nº 25/37, constassem dispositivos de regulamentação sobre o comércio de antiguidades, incluindo o cadastramento, por meio de um registro especial, dos comerciantes no IPHAN, a fiscalização de leilões e a saída do país de bens tombados. Posteriormente, foram promulgadas a Lei nº 3.924/61 que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, restringindo a remessa, para o exterior, de objetos de interesse arqueológico ou pré-histórico, histórico, numismático ou artístico sem autorização do IPHAN e a Lei nº 4.845/65 que proíbe a saída, para o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no país, até o fim do período monárquico.

de Inspeorias Estaduais para a preservação de monumentos nacionais e de museus (Leis Estaduais da Bahia nº 2.031 e 2032, de 08 de agosto de 1927, com edição do regulamento pelo Decreto nº 5.339, de 06 de dezembro do referido ano, e Lei Estadual de Pernambuco nº 1.918, de 24 de agosto de 1928). Contudo, qualquer tipo de intervenção estatal para preservação dos monumentos, particularmente os de titularidade privada, esbarrava na tradição liberal da legalidade estrita, na qual o direito de propriedade era absoluto. O condicionamento da propriedade à função social, tal qual previsto hoje na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXII, e artigo 170), só adveio com a Constituição de 1934 e, com ela, o dever de proteger os objetos de interesse histórico e artístico. Assim, também, não existia qualquer direito sancionatório no Código Penal que responsabilizasse aqueles que cometessem algum tipo de ato contra o patrimônio, tampouco alguma sanção administrativa (MEC, 1980, p. 10).

Não à toa, as propostas existentes de leis federais previam a criação de institutos de proteção do patrimônio histórico, que garantiam a intervenção estatal no domínio privado para assegurar sua integridade, o interesse social e coletivo da preservação. Pode-se enumerá-las cronologicamente: o anteprojeto de Alberto Childe (1920); o projeto do Deputado pernambucano Luiz Cedro (1923), o projeto do Deputado mineiro Augusto de Lima (1924), o anteprojeto do jurista Jair Lins (1925) encaminhado à Câmara dos Deputados pela Comissão Mineira, designada pelo governador de Minas Gerais, Mello Vianna, para adotar medidas de proteção patrimonial; e o projeto do Deputado José Wanderley de Araújo Pinho (1930)⁵⁰.

A proposta do professor e arqueólogo Alberto Childe (1920), encomendada por Bruno Lobo, então presidente da Sociedade Brasileira de Belas Artes, propunha muito mais a defesa dos bens arqueológicos, o

⁵⁰ O teor dos projetos dos deputados Luiz Cedro, do jurista Jair Lins e do deputado José Wanderley de Araújo Pinho encontram-se na sua integralidade na publicação *“Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil: uma trajetória”* (MEC, 1980), obra que se consolidou como fonte primária de pesquisa nos estudos acerca do direito e da política de proteção do patrimônio cultural brasileiro. Sobre sua importância para a propagação de uma história oficial do IPHAN, ver *“Os arquitetos da memória...”* (CHUVA, 2009, p. 60). Para uma análise comparativa e crítica das iniciativas, separadas por tipo de bens, órgãos responsáveis, instrumentos de proteção e principais contribuições na maturação do que se tornou o DL nº 25/37, ver *“Proteção ao patrimônio cultural brasileiro: análise da articulação entre tombamento e registro”* (TELLES, 2010, p. 32-39).

que iria ocorrer com o DL nº 25/37 e a Lei nº 3.924/61, do que os de valor histórico. Seu esboço foi considerado irrealizável porque totalizava a proteção dos bens sob a chancela da desapropriação do Estado, considerado um mecanismo de intervenção radical na propriedade, além de transferir todos os ônus da esfera privada para a pública. Já a proposta de Augusto de Lima (1924), em suma, representava em parte a de Luiz Cedro (1923), dando maior ênfase à proibição de saída de obras de artes tradicionais.

No caso das propostas de Luiz Cedro (1923), Jair Lins (1925) e de Wanderley Pinho (1930), percebe-se a influência direta do direito francês, pois a primeira propõe a *classificação* de bens e as demais a *catalogação*, ambas inspiradas na *classement*, que restringia a propriedade privada submetida ao interesse público de proteção do patrimônio, mas sem retirar a coisa objeto de preservação dos domínios do proprietário⁵¹. Em todos eles, além da proposta da instituição de instrumentos de proteção (classificação ou catalogação), havia a preocupação com a sugestão da criação do órgão responsável e os procedimentos administrativos para levarem a cabo a tarefa estatal de preservação e conservação dos bens, e a preocupação com o revestimento do interesse nacional sob a seleção dos objetos a serem protegidos, assente no binômio valorativo histórico-artístico.

Quanto ao objeto dessa proteção, com exceção do projeto de Luiz Cedro (1923), que mencionava apenas os imóveis de titularidade pública ou privada, incluíam como tipologia dos bens os móveis e imóveis, isto é, bens corpóreos, materiais, não existindo qualquer aproximação, vinculação, com a ideia de um patrimônio imaterial tal como se concebe na Constituição Federal de 1988 e na Convenção da Salvaguarda do PCI. Inexistindo objeto da atenção jurídica, tampouco não existiria qualquer espaço para se pensar em mecanismos de salvaguarda de bens imateriais.

Em verdade, essa composição restrita do patrimônio estava associada com a preocupação de uma prática preservacionista apenas de monumentos, imóveis, coleção de objetos e artefatos baseada na ancienidade, autenticidade, excepcionalidade e notabilidade, isto é, num fator de relevância, em geral das classes dominantes e dos critérios técnicos estabelecidos pelos intelectuais, não havendo espaço para o

⁵¹ A classificação e a catalogação de bens, nessas propostas, assemelham-se aos efeitos que posteriormente o DL nº 25/37 empregou à figura do tombamento e que, até hoje, analogamente, são ainda mantidos pelo direito europeu. França e Portugal adotam a *classificação* de bens culturais como mecanismo de proteção (NABAIS, 2004).

direcionamento de uma noção plural e diversa do patrimônio. A retomada da ancestralidade de uma verdadeira cultura nacional, para esses projetos, se dá a partir da recuperação daquilo que fora perdido, na definição de José Reginaldo Gonçalves (1997), de uma *retórica da perda*. A objetificação da nação, segundo Márcia Chuva (2009, p. 74), é integrada à própria noção de patrimônio, que se torna, a um só tempo, instrumento de orientação aos aparelhos de Estado para sua preservação, e, em si, o monumento a ser resguardado, garantidor da continuidade e da reconstrução de seu significado:

O ‘patrimônio nacional’, portanto, se constitui em e constitui o *monumento* como aquilo que é feito com a intenção de durar e significar. Dessa forma, além de integrar a uma grande coleção de semióforos, cada uma das peças dessa coleção adquire um valor de originalidade, exclusividade, como uma obra de arte única, que deve ser preservada da destruição, pois seria irremediável sua perda. Se as ações de *proteção* do patrimônio histórico e artístico nacional têm o poder de extração de objetos de seu uso cotidiano para a atribuição de novas qualidades, para as quais eles não foram construídos mas que passam a incorporá-los, esse ‘patrimônio nacional’ *monumentalizado* é metaforicamente reconstruído.

No plano internacional, a temporalidade dessas propostas coincide com a realização de dois encontros posteriores de especialistas que estabeleciam orientações para conservação de monumentos e preservação de imóveis de valor arquitetônico, cujos princípios foram inscritos, respectivamente, nas Cartas Patrimoniais⁵² de Atenas, a primeira de 1931,

⁵² As Cartas Patrimoniais são documentos de ordem técnica, com cunho principiológico, orientador, conceitual e/ou diretivo, no campo do patrimônio cultural, produzidos, em geral, a partir de encontros, congressos e fóruns de especialistas, ou no âmbito de órgãos vinculados a organismos do direito internacional (v.g. o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios, conhecido pela sigla em inglês ICOMOS, que é órgão consultante do Comitê do Patrimônio Mundial cujo objetivo é garantir a aplicação da Convenção do Patrimônio Mundial da UNESCO), que funcionam como uma espécie de *soft law*, tal qual exortações e declarações de ordem principiológica ou moral de direcionamento de condutas, mas sem o condão de serem executadas pela

surgida da Conferência Internacional de Atenas do organismo que antecedeu a UNESCO, o Escritório Internacional dos Museus da Liga das Nações, e a segunda de 1933, fruto do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (RODRIGUES, 2012c, p. 291-293). Nos dizeres de Alois Riegl (2014), esses documentos encarnariam o ápice de um *culto moderno dos monumentos*.

Não obstante o avanço da época para que se preservassem os monumentos e imóveis de valor arquitetônico e sua integração com a atmosfera urbana e social das cidades, reafirmando o interesse da coletividade na proteção dos bens, independentemente da sua titularidade, procurando equilibrar o interesse público e o privado, o aspecto central resumia-se à preservação do passado, o antigo em si, quer fossem testemunhos excepcionais ou representassem fatos históricos. Além de se circunscreverem aos bens materiais, esses também deveriam guardar aspectos de antiguidade referentes a situações de grande valor histórico. Segundo Márcia Chuva (2009, p. 47), essa materialidade é “inerente à [essa] noção de patrimônio – também remete à ideia de territorialização, da qual são substratos os sentimentos de pertencimento e de posse”.

A Revolução de 30⁵³ e a dissolução do Congresso interromperam, de certa maneira, a tramitação do último dos projetos, do Deputado Wanderley Pinho (1930), que, segundo Mário Pragmácio (2010, p. 38), condensa e aprofunda a visão de seus antecessores. No entanto, o início da Era Vargas, com a modernização do Estado brasileiro, não abandona a ideia do patrimônio cultural como elemento unificador da nação,

jurisdição internacional de forma a exigir dos Estados ações e omissões que não comprometam a proteção do patrimônio cultural. Porém, além de seus conceitos serem frequentemente empregados pelos Estados que de sua elaboração participam, tem seus princípios muitas vezes incorporados às legislações nacionais de diversos países, e suas sugestões técnicas adotadas pelos órgãos de proteção e servidores ou contratados para realização ou emprego de métodos de preservação e conservação de bens e, mais recentemente, orientadores de políticas culturais.

⁵³ De acordo com Alexandre Barbalho (1998, p. 19-23), o movimento que instaurou um governo provisório enxergava na cultura o meio propício para manutenção da unidade nacional com fundamento nas qualidades positivas do progresso moderno e nos sentimentos de “brasilidade” e de “ser nacional”, sendo a nação não o somatório de indivíduos da ideologia liberal reinante, mas um único corpo coletivo (FONSECA, 2005, p. 85), com harmonia social baseada na miscigenação racial.

sobretudo com a atração dos intelectuais modernistas para a burocracia estatal brasileira e a máquina administrativa de proteção que viria a ser criada.

Em 1933, foi editada a primeira norma de proteção do patrimônio, calcada na noção em voga de monumentalidade, que foi o Decreto nº 22.298, de 12 de julho, erigindo a cidade mineira de Ouro Preto à categoria de Monumento Nacional. O decreto não se destinava apenas a resguardar os monumentos ligados ao município, mas também obras de arte, inclusive religiosas, que constituíssem, igualmente, seu patrimônio histórico e artístico. Posteriormente, o Decreto nº 24.735, que tinha por intuito criar um novo regulamento para o Museu Histórico Nacional, organizou o embrião do IPHAN, um serviço de proteção a monumentos e obras de arte (MEC, 1980, p. 11), a Inspeção de Monumentos Nacionais. Contudo, foi com a Constituição de 1934 que se repartiu entre todos os entes federados a tarefa de encorajar o desenvolvimento cultural do país tanto por meio da proteção do patrimônio (passado) quanto de assistir o trabalho intelectual (criação do novo)⁵⁴:

⁵⁴ A Constituição do Império de 1824 como garantia dos direitos civis e políticos determinava, em seu artigo 179, inciso XXIV, que nenhuma cultura poderia ser proibida, desde que não contrariasse os costumes públicos, a segurança e a saúde dos cidadãos. Vê-se, assim, a liberdade cultural como um direito negativo contra intervenções arbitrárias do Estado. A tarefa estatal de promoção da cultura, entendida como desenvolvimento das letras, artes e ciência, aparece como competência, ainda que não privativa, do Congresso Nacional, na Constituição Republicana de 1891, no artigo 35, § 2º. Antes, conforme a Constituição de 1824, essa atribuição era de colégio e universidades cujo ensino das ciências, das letras e das belas-artes era tido como garantia da inviolabilidade de direitos civis e políticos (art. 179, inciso XXXIII). Embora a Constituição de 1934 seja reverenciada como a primeira a prever como dever do Estado a proteção do patrimônio cultural, já na Carta de 1891, a República, buscando firmar-se em símbolos e figuras públicas heroicas (“pais fundadores”), distintas dos períodos monárquicos, no artigo 8º do Ato das Disposições Transitórias determinou a aquisição da casa na qual morreu Benjamin Constant e ordenou a construção de lapidário como símbolo de sua memória. Tem-se essa iniciativa como uma prática de preservação de bem histórico em função da notabilidade de personalidade considerada “fundadora” da República (COSTA, 2012, p. 124). Embora não figurasse nas constituições anteriores as tarefas de apoio, assistência e incentivo aos trabalhadores intelectuais, a Constituição de 1824 atribuía à lei

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.⁵⁵

Dessa forma, a proteção do patrimônio histórico e artístico, neste novo regime, ganhou não apenas assento constitucional, mas passou a se fundamentar no princípio da função sociocultural da propriedade, abrindo portas para a regulamentação do que se tornou o tombamento.

Esta fase é marcada pela legitimação do poder do Estado para selecionar os bens que, notadamente, pudessem cumprir um efeito nacional integrador, sobretudo associado ao discurso modernista de unir expressões do passado de um Brasil fragmentado e a organização de uma estrutura administrativa que permitisse a condução de uma política cultural pelo Poder Público. Porém, essa atuação delimitou-se ainda nas práticas preservacionistas de matriz europeia, calcadas exclusivamente em bens corpóreos (bens arquitetônicos, monumentos, bens arqueológicos etc.) e instituições que cumpriam a função de lugares de memória (museus, arquivos etc.), ainda que este período tenha sido denominado *pedra e cal* (e *beletrista*), pejorativamente, por se notabilizar na proteção de bens do passado colonial brasileiro, mormente do colonizador branco, do período barroco mineiro, e dos pertencentes à Igreja Cristã Apostólica Romana, excluídas a manifestações e expressões

a regulamentação do privilégio exclusivo e temporário de inventores sobre suas criações (artigo 179, inciso XXVI). A Constituição Republicana de 1891 manteve essa disposição e garantiu aos autores de obras literárias e artísticas o direito de reprodução, assim como também o livre exercício de profissões intelectuais (§§ 24, 25 e 26 do artigo 72, alterado pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

⁵⁵ Assim como a Constituição de 1934, a seguinte, a outorgada de 1937, em seu artigo 134, repetiu a proteção do PHA esmiuçando sua composição e estabelecendo sanções aos crimes e atentados contra os bens protegidos, equiparando-os às investidas contra o patrimônio nacional. Já o amparo à cultura como um dever do Estado permaneceu na Constituição de 1946, em seu artigo 174. Assim como as anteriores de 34 e a outorgada de 37, incorporou a proteção do patrimônio, compreendido como obras, monumentos naturais, documentos de valor histórico, paisagens e locais de notável beleza. A Constituição de 1967/69, em seu artigo 172, repetiu as demais, diferindo na descrição dos bens que compunham o PHA.

culturais de vários grupos formadores da sociedade brasileira, como povos indígenas, negros e comunidades rurais tradicionais.

A constituição da memória coletiva desses grupos marginalizados por meio da proteção jurídica estatal, o que se concebe nos dias atuais por meio de diversos mecanismos como o Registro do PCI, teve, no entanto, suas bases já fincadas, paradoxalmente, com a encomenda de um anteprojeto ao escritor e intelectual modernista Mário de Andrade, para a criação de um organismo estatal que pudesse promover a defesa do patrimônio cultural. Mário de Andrade foi além, e incluiu em sua proposta, como objeto de proteção, elementos da cultura popular.

2.2 O Anteprojeto Macunaímico de Mário de Andrade e a cultura popular

O projeto modernizador da Revolução de 30 impulsionou a arquitetura da administração pública federal. Embora aparentemente estranho, as políticas culturais, vistas neste início como um estímulo à unidade simbólica da identidade brasileira, ficaram ao encargo do Ministério da Educação e Saúde, cuja gestão entre os anos de 1934 e 1945 coube a Gustavo Capanema. Em princípio, vislumbrava-se que não havia dissociação entre educação e cultura, conforme o Capítulo II da Constituição de 1934; por outro lado, este ministério congregou as ações prestacionais para a garantia de direitos sociais básicos, que ainda estavam sendo gestados. Embora não houvesse a noção de direitos culturais, a proteção constitucional em 34 consagra o direito ao patrimônio cultural como direito cultural em espécie, e como a política pública cultural mais longeva da história brasileira.

Após a promulgação da Constituição de 1934, Gustavo Capanema retomou a atenção à necessidade da existência de uma legislação que garantisse a preservação dos monumentos nacionais. Nessa época, o Estado passou a cooptar para seus quadros administrativos intelectuais modernistas⁵⁶ movidos pela semente da proteção do patrimônio como

⁵⁶ Para Alexandre Barbalho (1998, p. 37), há uma diferença entre os ideólogos de um regime e aqueles que acabam dele fazendo parte: “É preciso diferenciar-se os que servem o regime dos que servem para o regime. Os primeiros já trabalham no Estado e continuar a desenvolver suas atividades. No segundo caso, temos os intelectuais que, trabalhando ou não para o Estado, assumem sua proposta político-social e passam a fazer propaganda do regime.” Entre a Revolução de 30 e o Estado Novo de Vargas, não apenas

uma forma de garantia da autonomia da arte. Diante da não aprovação no Congresso do projeto de Wanderley Pinho (1930) e da urgência da organização de um serviço público nacional para a defesa do patrimônio contra ações danosas em toda a extensão territorial brasileira, o Ministro Gustavo Capanema compreendeu a necessidade de retomar a elaboração de uma proposta normativa. Convidou, então, o escritor Mário de Andrade para apresentar um anteprojeto de lei federal para a preservação de bens culturais.

O pai de Macunaíma era, então, Diretor do Departamento de Cultura do Município de São Paulo, e possuía uma visão inovadora, peculiar e vanguardista do patrimônio cultural brasileiro. Sua acepção de cultura se aproximava à contemporânea dimensão antropológica (FONSECA, 2005, p. 99; CHUVA, 2009, p. 160), que alberga no conceito

os modernistas integraram a administração pública federal ou com ela colaboraram. O discurso da unidade nacional também estava presente no discurso integralista do historiador Gustavo Barroso, que chegou a dirigir o Museu Histórico Nacional, assim como também no pensamento de conservadores colaboracionistas do varguismo como o constitucionalista Francisco Campos e o jurista, historiador e sociólogo, Oliveira Viana. Essa disputa ideológica entre essas vertentes e os modernistas era mediada pelo próprio Ministro Gustavo Capanema, interessado em receber a colaboração de intelectuais, artistas, arquitetos, escritores e juristas que legitimassem a atuação do Poder Público, ainda que, posteriormente, as mudanças políticas da década de 1930 tenham sido convertidas no regime autoritário do Estado Novo. No entanto, o apoio aos modernistas como a linguagem estética que melhor representava as transformações do país logrou êxito, por exemplo, na arquitetura; arquitetos como Lúcio Costa e Oscar Niemeyer, o paisagista Burle Marx e o pintor Candido Portinari, foram requisitados para a construção, desenho e organização de edificações e espaços públicos. Na denominada *fase heroica* do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN (1936-1967), de cuja direção fora encarregado o advogado Rodrigo Melo Franco de Andrade, o Estado contou com a participação do arquiteto Lucio Costa, com o poeta e escritor Carlos Drummond de Andrade, com a consultoria jurídica de juristas como Afonso Arinos de Melo Franco, além da participação no Conselho Consultivo de Manual Bandeira e outros intelectuais que, embora não integrassem o SPHAN ou o Conselho, contribuíam com publicações ou eram consultados diretamente pelo Diretor, tais quais Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Alceu Amoroso Lima, dentre outros (FONSECA, 2005, p. 95-98).

de bens culturais, a cultura popular, o folclore⁵⁷, as tradições⁵⁸, as marcas

⁵⁷ Os termos folclore e cultura popular serão empregados como elementos do conceito de patrimônio cultural imaterial, muito embora não esteja a eles restrito. Segundo o historiador cultural Peter Burke (2010, p. 16 e ss.), o surgimento pelo interesse na cultura popular e no folclore está na matriz da discussão acerca do que seria a cultura pelo romantismo na Europa e a tentativa de imaginar comunidades reunidas (ANDERSON, 2008) em torno de manifestações do espírito do povo (*Volksgeist*) em um passado comum. A descoberta do povo (*folks*) desencadeou a coleta, a reunião e a compilação de tradições orais como fizeram os Irmãos Grimm. Posteriormente, enquanto *folks* exprimia expressões e manifestações da cultura popular, esta noção passou a designar, de forma mais abrangente, a cultura das classes sociais ditas subalternas pelas elites, como a cultura de camponeses e trabalhadores. Ambas as terminologias foram utilizadas para a construção da identidade nacional e da unidade da figura do povo (HALL, 2015, p. 33). Com o avanço da industrialização e da modernização do sistema capitalista, a cultura popular concorreu, então, com o conceito de cultura de massa que se referia a processos produtivos espontâneos surgidos no seio do povo ou à universalização do acesso ao consumo de bens culturais (BARBALHO, 2008b, p. 23). Em denúncia contra a aparente confusão ocasionada pela propagação do conceito de cultura das massas como cultura do povo, a Escola de Frankfurt cunhou o conceito de indústrias culturais (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p.113 e ss.) para designar esse processo de produção de bens culturais dentro do capitalismo, que escondia a funcionalização da cultura como instrumento ideológico e racional de dominação da razão humana por segmentos e atividades econômicos que faziam circular mercadorias de cunho simbólico por meio do emprego de técnicas padronizadoras, tais quais os sistemas dos meios de comunicação, a indústria editorial e fonográfica. De acordo com Walter Benjamin (1987, 165-170), o capitalismo moderno engendrou uma era de reprodutibilidade técnica na qual os bens culturais, como as obras de arte, eram produtos de uma padronização que afetava a maneira sensorial como os indivíduos percebiam valores estéticos. A tendência contemporânea, como a de Herbert Gans (2014, p. 13), é afirmar que, apesar da massificação da cultura e do reconhecimento do direito à cultura, as fronteiras, muitas vezes não muito nítidas entre cultura popular/cultura de elite ou erudita (BURKE, 2010, p. 21), existem de maneira relativa, pois os atributos e gostos culturais variam conforme as classes sociais, assim como as refletem (BORDIEU, 2013).

⁵⁸ Adverte o historiador Eric Hobsbawm (2012, p. 7 e ss.) que as tradições podem ser inventadas como forma de controle da memória social e da

do cotidiano dos grupos componentes das diversas localidades do Brasil⁵⁹. Não à toa que empreendeu, em 1938, expedições etnográficas no

reprodução do passado, em particular pelas classes dominantes. O caráter proeminente das ritualísticas, das regras e das práticas de natureza simbólica das “tradições inventadas” são ferramentas úteis e eficientes na aceitação tácita e autômata de comportamentos que se desdobram no tempo (HOBSBAWN, 2012, p. 8). Essas invenções, ao lado do folclore e da cultura popular, foram incorporadas ao discurso da origem das nações, de sua unidade e identidade. O engendramento das tradições inventadas, em geral, ocasiona o esquecimento de outras que não correspondem à memória oficial do status quo (CORÁ, 2015, p. 75). De acordo com o historiador inglês (HOBSBAWN, 2012, p. 8), a tradição, nesse sentido, diferiria das convenções ou rotinas por não possuir qualquer tipo de função simbólica, mas que no cotidiano da vida tem aspectos práticos como a continuidade dos costumes e sua perpetuação entre gerações. Nesse diapasão, costume e tradição são igualmente distintos. O costume une as pessoas por meio da noção comum de obrigatoriedade e da vinculação a uma memória partilhada, em que membros de uma sociedade têm dever de segui-las: “O ‘costume’ não pode se dar ao luxo de ser invariável, porque a vida não é assim nem mesmo nas sociedades tradicionais. O direito comum ou consuetudinário ainda exhibe esta combinação de flexibilidade implícita e comprometimento formal com o passado. Nesse aspecto, aliás, a diferença entre ‘tradição’ e ‘costume’ fica bem clara. ‘Costume’ é o que fazem os juízes; ‘tradição’ (no caso, tradição inventada) é peruca, a toga e outros acessórios e rituais formais que cercam a substância, que é ação do magistrado. A decadência do ‘costume’ inevitavelmente modifica a ‘tradição’ à qual ele geralmente está associado.” (HOBSBAWN, 2012, p. 9). Porém, diferentemente da noção de tradição inventada, segue-se a linha da definição de Maria Amélia Corá (2015, p. 76-78), das tradições como representações do passado de grupos marginalizados, por eles compartilhadas em suas relações sociais temporais identificadas espacialmente que se vinculam a sua identidade cultural.

⁵⁹ Afirma Mário Pragmácio (2010, p. 39), com base em pesquisa historiográfica de Carlos Augusto Machado Calil, que, embora o anteprojeto do poeta modernista apresentasse novidade de proteger a arte popular e a indígena, provavelmente Mário de Andrade foi influenciado indiretamente, em boa medida, por documento elaborado pelo escritor e jornalista francês Blaise Cendrars, que esteve com intelectuais modernistas no Brasil, em 1924. Em documento no qual elabora a constituição da Sociedade dos Amigos dos Monumentos Históricos do Brasil, antes de retornar à França, o poeta francês “[...] pregava pela criação de uma lei para criação da classificação,

Norte e no Nordeste para catalogar e constituir acervos de expressões e manifestações populares, principalmente as musicais. Modernista que era, enxergava a diversidade cultural brasileira na unidade em torno da ideia de identidade nacional – somatório e síntese (CHUVA, 2009, p. 160).

Seu esboço (MEC, 1980, p. 55-68), datado de 26 de março de 1936, é o primeiro antecedente de iniciativa normativa para proteção do patrimônio cultural imaterial; no entanto, não apresentou qualquer mecanismo eficaz adequado aos bens imateriais. É na sua concepção de patrimônio artístico que se diferencia dos demais projetos anteriores, embora sua amplitude destaque a criação, organização e funcionamento do Serviço do Patrimônio Artístico Nacional – SPAN, bem como suas competências, procedimentos e os efeitos jurídicos da tutela da inscrição de bens nos denominados livros do tomo.

Quanto ao aspecto do conceito de patrimônio, Mário de Andrade classificava a arte a partir de um sistema complexo octogonal⁶⁰: a) arte arqueológica; b) arte ameríndia; c) arte popular; d) arte histórica; e) arte erudita nacional; f) arte erudita estrangeira; g) arte aplicada nacional; e h) arte aplicada estrangeira (MEC, 1980, p. 56). Dessa plêiade, cada tipo de bem tinha uma definição, e os que fossem objeto de proteção, individual ou conjuntamente, seriam enquadrados em Livros que correspondiam às categorias apresentadas (1. Livro de Tombo Arqueológico e Etnográfico: artes arqueológica, ameríndia e popular; 2. Livro do Tombo Histórico: arte histórica; 3. Livro de Tombo das Belas-Artes: arte erudita nacional e estrangeira; e 4. Livro de Tombo das Artes Aplicadas (artes aplicadas

inventários de bens e medidas de conservação de bens. Concebia ainda que o organismo defensor do patrimônio histórico deveria ter a incumbência de proteger não só os monumentos históricos, mas também a ecologia, a paisagem, a música, a culinária, as manifestações populares, com suas festas pagãs, além de vestígios da arte popular, inclusive a indígena, e de todas as manifestações dos negros” (TELLES, 2010, p. 40). Contudo, segundo os fatos históricos, Mário de Andrade não estava presente no dia no qual se debateu o estatuto com a proposta acima.

⁶⁰ Para uma análise da complexa inter-relação entre as categorias de arte, os livros do tomo e a natureza dos museus ao qual pertenceriam segundo cada definição, ver *O pai de Macunaíma e o patrimônio espiritual* (CHAGAS, 2009).

nacional e estrangeira)⁶¹ (MEC, 1980, p. 59).

Observa-se que a qualidade de histórico não acompanha sua definição de obras de arte patrimonial. Isso porque, conforme as discussões por ele mesmo levantadas em apêndice ao projeto, para elucidar eventuais questionamentos e antagonismos previsíveis diante de sua inovação, “a arte é uma palavra geral, que neste seu sentido geral significa a habilidade com que o gênio humano se utiliza da ciência, das coisas e dos fatos” (MEC, 1980, p. 61). Então, o histórico acabou por se diluir em uma das tipologias da própria obra de arte⁶². Nesse caso, segundo Marcia Sant’anna (2009, p. 54), arte e cultura na concepção *andradiana* de patrimônio são equivalentes.

Sua noção de patrimônio ancorava-se em uma perspectiva integrada entre bens materiais e imateriais, valorizando aspectos etnográficos e populares, na qual conviviam isonomicamente o erudito e

⁶¹ A classificação dos bens por livro não deixa de ser uma espécie de registro para efeitos de publicidade, fiscalização e controle do Poder Público (CHUVA, 2009, p. 162). A técnica da divisão horizontal, não hierarquizada legalmente, tanto foi incorporada pelo DL n° 25/37, quanto pelo Registro do PCI.

⁶² De acordo com Cecília Londres (2005, p. 100-102), não significa que Mário de Andrade tenha se afastado por completo da noção de história de seu tempo vinculada a fatos sociais considerados vultosos, atrelados a personalidades ilustres para as classes dominantes. Porém, enquanto “testemunho da existência de antepassados”, os bens históricos cumpririam uma função pedagógica de instrução e valorização da identidade local, atribuindo aos museus essa função mediadora na qual a própria população participaria da seleção dos objetos que os integrariam. Nesse sentido, não abandona as práticas de atribuição de valor vinculadas às belas-artes e à cultura erudita, mas amplia as possibilidades do reconhecimento dos valores de grupos e classes populares que formariam a identidade nacional. De certa forma, essa formulação demonstra sua preocupação com a condução da política cultural de patrimônio, pela estrutura que estava propondo de difusão, publicidade e educação patrimonial – no cerne estava a proposição da democratização do acesso à cultura –, o que, de certa maneira, fez com que Rodrigo de Melo Franco, diretor do SPHAN, abandonasse, posteriormente e parcialmente, essa proposta, pois sua visão na condução da política de preservação estava, naquele momento, centrada na garantia da existência de um órgão de preservação e os procedimentos para tutela dos bens, muito embora não escondesse sua predileção pelas feições de excepcionalidade e notabilidade do patrimônio que dominará a amplitude do objeto do tombamento do futuro DL n° 25/37.

“o popular enquanto objeto e o povo enquanto alvo” (FONSECA, 2005, p. 101). Muito embora não se possa afirmar que o anteprojeto de Mário de Andrade contenha a concepção de patrimônio imaterial presente na Constituição Federal de 1988 e em documentos jurídicos internacionais, não se pode negar “sua visão além do alcance” (TELLES, 2010, p. 39), e a influência enquanto precedente para as práticas administrativas e ações voltadas para as manifestações e expressões tradicionais, comunitárias, que foram incluídas como dever e tarefa estatal pelo Estado Democrático de Direito.

O pluralismo da composição desse conjunto distanciava-se da centralidade da preservação da monumentalidade, aproximando-se das classes populares e dos grupos sociais historicamente excluídos no Brasil. Assim demonstram as definições de artes arqueológica e ameríndia e arte popular de seu anteprojeto:

Das artes arqueológica e ameríndia (1 e 2). Incluem-se nestas duas categorias todas as manifestações que de alguma forma interessem à Arqueologia em geral e particularmente à arqueologia e etnografia ameríndias.

Essas manifestações se especificam em:

[...]

d) Folclore ameríndio: vocabulários, cantos, lendas, magias, medicina, culinárias ameríndias, etc.

Da arte popular (3). Incluem-se nesta terceira categoria todas as manifestações de arte pura ou aplicada, tanto nacional como estrangeira que de alguma forma interessem à Etnografia, com exclusão da ameríndia.

Essas manifestações podem ser:

[...]

d) Folclore: música popular, contos, históricos, lendas, superstições, medicina, receitas culinárias, provérbios, ditos, danças dramáticas, etc. (MEC, 1980, p. 57).

Muito embora atribuisse essa identificação ao corpo técnico de sua proposta de estruturação do SPAN, com proeminência da descrição científica por disciplinas como história, etnografia, arqueologia, e pouca participação popular direta em sua definição, Mário de Andrade definia como função precípua do novo órgão a ser constituído a propagação, ou seja, a difusão, ao lado da preservação, da conservação, organização e defesa do patrimônio. Tanto assim que o Serviço possuiria uma

publicação que seria veículo de propaganda da cultura brasileira, com o exagero totalizante de englobar todos os estudos técnicos, críticas, pesquisas e “todo o material folclórico do país” (MEC, 1980, p. 62).

O modelo normativo apresentado previa a participação, no Conselho Consultivo, de técnicos especializados nas artes que integravam as categorias patrimoniais (historiadores, etnógrafos, arquitetos, arqueólogos), artistas (músicos, pintores, escritores), mas, igualmente, alguma mínima representatividade popular por meio de ofícios como de gravadores (artistas gráficos, medalhistas etc.) e artesãos (decoradores, ceramidas, etc.) (MEC, 1980, p. 63). Vê-se que a composição do Conselho era basicamente determinada por uma vinculação dos representantes a um conhecimento técnico ou popular acerca de um determinado saber específico.

Não muito diferente, por conseguinte, as Comissões Regionais, que tinham por finalidade propor à Chefia de Tombamento do SPAN a proteção de bens constantes em seus respectivos estaduais, formada pelas mesmas categorias de técnicos do Conselho Consultivo. Porém, para não se distanciar da realidade da cultura popular a ser protegida, Mário de Andrade previa, em seu anteprojeto, que toda solicitação de tombamento da Comissão Regional deveria reproduzir com exatidão suas características. De certa forma, o escritor antecipa a exigência do Registro do PCI, na fase instrutória, de coletar, reunir e agrupar o maior número de informações, documentações, dados, estudos e descrições que colaborem na identificação do bem a ser salvaguardado e na implementação da sua política de promoção. Constava no anteprojeto *andradiano* que:

[...]

g) Cada obra a ser tombada terá sua proposta feita pela Comissão Regional competente acompanhada dos seguintes requisitos:

1. Fotografia, ou várias fotografias;
2. Explicação dos caracteres gerais da obra, tamanho, condições de conservação, etc.;
3. Quando possível, nome do autor e biografia deste;
4. Datas;
5. Justificação de seu valor arqueológico, etnográfico, ou histórico, no caso de pertencerem a uma destas categorias;
- 6. No caso de ser obra folclórica, a sua reprodução cientificamente exata (quadrinhas, provérbios, receitas culinárias, etc., etc.);**

7. No caso de ser obra musical folclórica, acompanhará a proposta uma descrição geral de como é executada; se possível a reprodução da música por meios manuscritos; de descrição das danças e instrumentos que a acompanham, datas em que estas cerimônias se realizam, para a Chefia do Tombamento, de concreto com o Museu Etnográfico e Etnológico mandar discar ou filmar a obra designada.

8. No caso de ser arte aplicada popular também deverá propor-se a filmagem científica de sua manufatura (fabricação de rendas, de cuias, de redes, etc.) (MEC, 1980, p. 64, grifou-se em negrito)

Durante a elaboração da proposta de Mário de Andrade, o Ministro Gustavo Capanema enviou à Câmara dos Deputados projeto de lei de reorganização do Ministério da Educação e Saúde que, aprovado, criou, por meio da Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – SPHAN. A emenda inclusiva, constante nos serviços da educação, antecipava a competência do órgão proposto por Mário de Andrade (SPAN), isto é, promover permanentemente a conservação, o enriquecimento, e o conhecimento do patrimônio histórico e artístico nacional, previa a instituição da figura do tombamento – ainda sem discipliná-la – e constituía o Conselho Consultivo. A proposta de Mário de Andrade seria o norte regulamentador da tarefa estatal de proteção do patrimônio.

Na instalação do SPHAN, coube ao advogado Rodrigo de Melo Franco sua direção. Sua indicação fora endossada pelo próprio poeta modernista. Contudo, ambos tinham visões distintas das atividades do serviço e da extensão do objeto de proteção do mecanismo de tutela que nascia: o tombamento. De um lado, a proposta de Mário de Andrade não emprestava eficácia jurídica adequada ao instrumento que estava criando, pois sua preocupação centrava-se mais na atuação do órgão com base na sua definição e divisão octogonal de patrimônio artístico. Do outro, ao assumir o SPHAN, Rodrigo de Melo Franco emprestava sua experiência jurídica para preparar o serviço para os embates que surgiriam em torno da colisão entre o interesse público, sobre a preservação de bens culturais, e o direito à propriedade, equacionada pelos limites da função social

definida na Constituição de 1934⁶³. Afinal, fora em nome do direito de propriedade que os anteprojetos anteriores foram rejeitados no Congresso Nacional (FONSECA, 2005, p. 104; CHUVA, 2009, p. 160).

Contudo, de acordo com Cecília Londres (2005, p. 105), aparentemente esta oposição é um “falso problema”. A grande questão que se apresentava ao Estado era a legitimidade social das intervenções sobre a propriedade, “juridicamente defensáveis e socialmente aceitáveis” (FONSECA, 2005, p. 106). Além disso, as ações estatais só seriam garantidas a partir de uma estrutura administrativa que possuísse recursos humanos e financeiros adequados dentro dos limites sociais daquilo que, para a época, era considerado patrimônio, ou seja, basicamente aquilo compreendido como monumento, conforme a primeira e segunda Carta de Atenas. Nesse sentido, a proposta de Mário de Andrade era de veras vanguardista, pois igualava ao mesmo patamar o folclore e os objetos da cultura indígena, algo que, timidamente, a Carta de Veneza de 1964, no futuro, agregaria à noção de monumento histórico,

⁶³ Dispunha a Constituição de 1934, sem seu artigo 113: “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §17 - É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.” Na grande prova de fogo do tombamento frente ao Poder Judiciário, Rodrigo de Melo Franco era ainda diretor do SPHAN. No *leading case* do Arco Teles, o proprietário de bem tombado compulsoriamente, na Praça 15 de Novembro, no Rio de Janeiro, questionou a constitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, por meio da Apelação nº 7.377/42, de dispositivos do DL nº 25/37, pois, segundo ele, o mecanismo feriria o direito de propriedade previsto na Constituição de 1937. O STF, por maioria, entendeu que o direito de propriedade estava sujeito, no caso, à função social determinada pelo interesse público, e que o Poder Público poderia lançar mão do mecanismo do tombamento para proteger o patrimônio histórico e artístico. Afinal, o direito de propriedade não era absoluto, bem como o Poder Judiciário não poderia intervir na discricionariedade da escolha dos bens a serem protegidos, mas apenas na legalidade da observância dos procedimentos jurídico-administrativos do DL nº 25/37 (COSTA, 2011, p. 79-80/100; TOMASEVICIUS FILHO, 2004, p. 240)

ao incluir como merecedoras de atenção as criações (arquitetônicas, sítios urbanos ou rurais, esculturas, pinturas etc.) modestas que com o tempo tenham adquirido significação cultural como testemunho civilizatório de evolução de um determinado grupo.

Em relação às propostas anteriormente existentes, Mário de Andrade introduziu novidades na compreensão daquilo que constitui os bens do patrimônio e nos valores que justificariam tal proteção. Na visão de Maria Amélia Corá (2014, p. 115), em síntese, o aspecto original está em:

[...] ter proposto uma definição ampla de cultura que extrapola as belas artes, sem desconsiderá-las, incluindo as culturas populares; ter assumido o patrimônio não só como material, tangível e possuído pelas elites, mas também como algo imaterial, intangível, e pertinente aos diferentes estratos da sociedade, e ter patrocinado duas missões etnográficas às regiões amazônica e nordestina; para pesquisar suas populações e acervos culturais.

Não à toa seu anteprojeto fora rejeitado, apesar de ter continuado a colaborar com a organização do SPHAN. Este princípio de reconhecimento de sujeitos de direitos, apenas em igualdade formal com as elites brancas e europeizadas brasileiras, incomodava, com a possibilidade da eleição de valores culturais de preservação outros que não correspondessem aos das classes sociais dirigentes. De certa forma, havia o receio de que se brotasse a semente da participação popular na condução do órgão, não apenas pelos critérios eletivos do patrimônio, mas também via composição do Conselho Consultivo (COSTA, 2011 p. 55). Igualmente, a proposta de unidade da identidade nacional em torno da diversidade do escritor modernista era receptiva parcialmente ao reconhecimento dos valores regionalistas, o que ameaçava a narrativa de uma universalidade centralizadora, homogênea e unificada da constituição de um patrimônio brasileiro.

Assim, Rodrigo de Melo Franco, com base no anteprojeto de Mário de Andrade e recuperando ideias da proposta do Jurista Jair Lins, apresentou ao Congresso o projeto que viria a se tornar o DL nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e regulamentou o tombamento. O tipo normativo do

decreto-lei, na história brasileira, característico de regimes de exceção⁶⁴, assinalou o mecanismo de tombamento em razão do golpe que instaurou o Estado-Novo de Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937.

Contudo, vale ressaltar que o projeto enviado ao Congresso já havia sido apreciado na Câmara dos Deputados em primeiro turno e recebido emendas no Senado, mas, no dia em que retornaria à representação legislativa do povo para deliberação acerca das modificações, ocorreu a outorga da Constituição de 1937, interrompendo o regime constitucional anterior. Após a dissolução do Congresso, Capanema e Rodrigo de Melo Franco adaptaram as mudanças ao projeto no formato de decreto-lei, para que o presidente Getúlio Vargas assinasse. Na exposição de motivos do DL nº 25/37, encontra-se o resumo do trâmite, conforme síntese do Ministro Gustavo Capanema:

Vossa Excelência apresentou o projeto ao Poder Legislativo em 15 de outubro de 1936. Na Câmara dos Deputados não se lhe fez emenda. O Senado Federal introduziu-lhe algumas pequenas modificações. A 10 do corrente mês de novembro, quando se decretou a nova Constituição, estava o projeto em fase final de elaboração, de novo na Câmara dos Deputados. Retomando agora o projeto inicial, julguei de bom aviso nele incluir, com uma ou duas exceções, as emendas do Senado Federal, e ainda uma ou outra nova disposição com que se melhorou o texto (MEC, 1980, p. 73).

Assim, o DL nº 25/37 instituiu o tombamento no ordenamento jurídico brasileiro, que até hoje permanece em vigor. Diferentemente da concepção de Mário de Andrade, o tombamento restringiu-se a bens móveis e imóveis, públicos ou privados, individualmente ou em conjunto, relacionados a valores (arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico), baseados na excepcionalidade representativa de fatos “memoráveis” da história brasileira ou de monumentos naturais, sítios e

⁶⁴ Analogamente, o decreto-lei, no regime democrático de 1988, corresponderia à medida provisória do artigo 62 da Constituição Federal: ato unilateral e unipessoal do Chefe do Poder Executivo, com força de lei, editado sob os critérios de relevância e urgência, e observadas as vedações materiais da constituição. Porém, no Estado Democrático, a conversão da MP em lei se dá no processo legislativo no Congresso e dentro de um prazo constitucional que sem a observância faz com que a norma perca sua eficácia.

paisagens que se notabilizem pela beleza fruto da natureza ou do agenciamento humano⁶⁵. O interesse público na proteção torna-se eficaz quando quaisquer desses bens são inscritos em Livros, tais quais os propostos por Mário de Andrade. Tanto assim que, apesar de a cultura popular não estar presente como objeto do tombamento, a norma criou o Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, mas apenas para coisas pertencentes às artes ameríndia e popular que se enquadrassem na definição de patrimônio histórico e artístico nacional do DL nº 25/37, isto é, fossem excepcionais, memoráveis ou notáveis.

Esta versão do tombamento, no que tange ao objeto da incidência do mecanismo, em nada se assemelha com a proposta *andradiana*, pois, na sua concepção, o instrumento seria adequado para bens culturais materiais e imateriais, acompanharia a sua dinâmica, ou seja, o inverso da crítica levantada à aplicação usual, de que seus efeitos cristalizariam e congelariam os bens preservados (CHAGAS, 2009, p. 105).

Ainda assim, o tombamento⁶⁶ estruturou as competências do

⁶⁵ “Art. 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

§ 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico o artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei.

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Art. 2º A presente lei se aplica às coisas pertencentes às pessoas naturais, bem como às pessoas jurídicas de direito privado e de direito público interno.”

⁶⁶ Não se vai aqui, por não ser objeto da tese, discutir a natureza jurídica do tombamento, ou seja, se se trata de um domínio eminente do estado, uma limitação administração, uma servidão administrativa, bem de interesse público ou bem imaterial. Compreende-se que o tombamento “é um instituto dos direitos culturais, de natureza jurídica própria, previsto na Constituição da República de 1988, que incide sobre bens móveis e imóveis, públicos ou privados, declarando-os de valor cultural, de acordo com a discricionariedade do Poder Público [em colaboração com a comunidade], vinculado a um

processo administrativo previsto em lei, que se perfaz eficaz com o ato do registro desses bens nos Livros do Tombo, constituindo um novo regime jurídico para eles, qual seja, o de intervenção na sua propriedade” (COSTA, 2011 p. 75). Em quase oitenta anos de vigência, o DL nº 25/37 foi modificado apenas três vezes. A Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975, introduziu, após a decisão do Conselho Consultivo acerca do tombamento, a homologação do Ministro da Cultura, e a necessidade da emissão de parecer do órgão colegiado em casos de destombamento. Já o Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941, permitiu que o Presidente da República, de ofício ou em grau de recurso administrativo, cancelasse o tombamento de um bem atendendo o interesse público. Nesse caso, entende-se (MIRANDA, 2006, p. 126-127; COSTA, 2011, p. 94; RODRIGUES, 2012b, p. 46; COSTA et al., 2015) que essa norma não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Em particular, não se encontra entre as competências do Presidente da República, no artigo 84 da Constituição Federal de 1988, a revogação de ato administrativo que não lhe compete e, por outro lado, que é formado a partir de procedimento legal no qual a decisão final sobre o tombamento é do Conselho Consultivo de Patrimônio, instância na qual participam, igualmente, Estado e sociedade civil, e tem natureza vinculante. Além disso, com a determinação para a inscrição do bem em um dos Livros do Tombo, o ato jurídico torna-se perfeito, protegido contra ilegalidades, arbitrariedades e discricionariedades, conforme inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por um princípio de instrumentalidade e paralelismo das formas, o destombamento de um bem só poderia se dar com o devido processo administrativo, observado o procedimento adotado para o tombamento compulsório, garantidas a participação popular e a manifestação do Conselho Consultivo, apenas nos casos em que houvesse o perecimento da coisa, desde que ele não seja fruto de ações e omissões proposital e deliberadamente danosas de quem tem competência para protegê-la, e no do desaparecimento do valor que motivou a proteção, desde que ouvida a sociedade por mecanismos de participação direta (COSTA et al., 2015, p. 173-174). Por fim, mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), revogou, em seu artigo 1072, o direito de preferência do Poder Público sobre bens tombados tal como se encontrava no DL nº 25/37. O disciplinamento para o exercício da preferência passou a ser regulamentado pela subseção do novo CPC brasileiro no que se refere à alienação. Conforme o artigo 889, os entes federados têm de ser cientificados da alienação de bem tombado. Isso porque, pelo parágrafo 3º do artigo 892, no caso de leilão judicial de bem tombado, os entes federados têm preferência na arrematação. O novo CPC mantém a ordem de preferência existente no

SPHAN, atual IPHAN⁶⁷, os procedimentos administrativos para os diversos tipos de tombamento (provisório, voluntário definitivo e compulsório definitivo) e seus respectivos efeitos em relação ao objeto da proteção, aos proprietários, à vizinhança (no caso de imóveis) e às obrigações do Estado para a conservação e preservação dos bens, o papel do Conselho Consultivo⁶⁸ e sanções administrativas.

Decreto-Lei 25/37 que parece contrariar nosso modelo federativo cooperativo baseado na prevalência de interesses, e não em uma lógica hierárquica vertical onde se pode presumir ou sobrepor os interesses da União sobre os demais entes, assim com o Estado em relação aos Municípios também. O curioso é que o direito de preferência foi mantido apenas nos casos de leilão judicial, no momento da arrematação; acabou por excluir a preferência da alienação particular de bem tombado.

⁶⁷ O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN é uma autarquia federal da administração pública federal indireta, vinculada ao Ministério da Cultura, cuja estrutura regimental está disciplinada pelo Decreto nº 6. 844, de 7 de maio de 2009. Sua finalidade precípua é proteger, fiscalizar, promover, estudar e pesquisar o patrimônio cultural brasileiro. Contudo, dentro da organização administrativa da União, a entidade já possuiu outras nomenclaturas e foi órgão da administração direta (SPHAN, conforme a Lei nº 378/37; Departamento do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – DPHAN pelo Decreto-Lei nº 8.534, de 02 de janeiro de 1946, IPHAN pela primeira vez por meio do Decreto nº 66.967, de 27 de julho de 1970; e novamente SPHAN, de acordo com o Decreto nº 84.198, de 13 de novembro de 1979). Em 1990, a autarquia foi denominada por Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, para melhor se coadunar com o novo conceito de patrimônio cultural da Constituição Federal de 1988, pela Lei nº 8.029, de 12 de abril, e pelo Decreto nº 99.492, de 03 de setembro do mesmo ano. Porém, sua efetiva natureza jurídica fora dada pela Lei nº 8.113, de 12 de dezembro de 1990. Posteriormente, a Lei da Reforma Administrativa, Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, convalidou o resgate da mudança da nomenclatura do órgão e a manutenção da natureza como autarquia, já presentes nas Medidas Provisórias nº 610, de 08 de setembro de 1994 e nº 752, de 06 de dezembro do referido ano (COSTA, 2011, p. 56; RODRIGUES, 2012b, p. 137-138). Segundo José Eduardo Ramos Rodrigues (2012b, p. 138), a recuperação da nomenclatura fora um contraponto à extinção de diversos órgãos federais da área da cultura promovida no governo Collor.

⁶⁸ Apesar da função consultante em destaque em sua nomenclatura, o Conselho não exerce apenas atribuições consultivas. Ele também tem natureza deliberativa e vinculante. O octogonário diploma legal do

tombamento atribui ao Conselho a tarefa final de avaliar, tanto no tombamento voluntário, onde o proprietário do bem requer a preservação, ou no tombamento compulsório, no qual o órgão colegiado decide sobre a impugnação do proprietário sobre eventual pedido, se o bem possui valor cultural (artigos 7º e 9º do DL nº 25/37). Esta competência fora mitigada com a introdução da homologação do Ministro da Cultura nos processos de tombamento nos quais o Conselho emitiria parecer prévio, de acordo com a Lei nº 6.292/75. O mesmo aplicar-se-ia no cancelamento do tombamento, previsto no artigo 19, caput, §§ 1º e 2º do DL nº 25/37, nos casos em que o proprietário notifica o IPHAN sobre a necessidade de realizar obras de restauro e recuperação do bem as quais ele não tem recursos materiais e financeiros para efetuar, e a União deixa de providenciá-las ou de desapropriar a coisa, dentro do prazo de seis meses após o recebimento da notificação (RODRIGUES, 2012b, p. 140-141). No que pesem as mudanças legislativas acima, assim como Sônia Rabello de Castro (2009, p. 60) entende-se que o Conselho é quem torna o ato jurídico do tombamento perfeito e determina sua inscrição em um dos livros do tomo. O ato homologatório do Ministro é vinculado à decisão, pois não compete a ele juízo discricionário de conveniência e oportunidade na eleição do valor cultural a ser protegido. A homologação ministerial só pode exercer um juízo de controle da legalidade, caso o ato esteja inquinado de vícios que comprometam os princípios constitucionais jurídico-administrativos ou se o Conselho se afaste do dever constitucional de proteção. Assim, a homologação não pode ser um espaço para justificar arbitrariedades do Poder Público. São também funções deliberativas do Conselho: a) emitir a autorização de saída de coisas móveis tombada do país (art. 14 do DL nº 25/37), se musealizadas juntamente com o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM (art. 14 do DL nº 25/37 e parágrafo único do artigo 11 do Decreto nº 6.844/2009); b) decidir sobre o registro de bens culturais imateriais e sua revalidação (artigos 4º e 7º do Decreto nº 3.551/2000); e c) emitir autorização para saída temporária de obras de artes e ofícios tradicionais produzidos no Brasil até o fim do período monárquico ou oriundas de Portugal e incorporadas ao meio nacional durante os regimes colonial e imperial, assim como também obras produzidas no estrangeiro no decurso dos períodos retro mencionados que representem personalidades brasileiras ou relacionadas com a História do Brasil, bem como paisagens e costumes do país (artigo 1º e 3º da Lei nº 4845/65). Têm-se ainda como funções consultivas: a) emitir pareceres ou opiniões de acordo com a consulta feita pela presidência do órgão (artigo 11 do Decreto nº 6.844/2009); e b) emitir parecer sobre autorização de transferência de bens arqueológicos, cuja competência é do

O conceito limitado de patrimônio histórico e artístico consequentemente limitou as ações do IPHAN. A composição técnica do órgão e do Conselho, na *fase heroica* de Rodrigo de Melo Franco, refletiu nos critérios e nas justificativas dos tombamentos, transformando o próprio mecanismo em cânone, a tal ponto que a proteção jurídica do patrimônio cultural é associada imediatamente à aplicação prática do instituto (MARCHESAN, 2007, p. 212). Em outras palavras, a longevidade da regulamentação autoriza a dizer que “tombaram o DL nº 25/37” (TELLES, 2010, p. 32) ou a chamá-lo de “monumento legislativo”

IPHAN (art. 20 da lei nº 3.924/61) (COSTA, 2011, p. 56-57; RODRIGUES, 2012b, p. 145). Embora em sua composição inicial (Lei nº 378/37) tenha prevalecido o critério técnico da especialização do conhecimento e nomeados pela presidência da República, atualmente o Conselho alcança em certa medida a determinação da Constituição Federal na qual a proteção do patrimônio deve se dar em colaboração entre Estado e comunidade, e as diretrizes para participação popular na seara cultural do Plano Nacional de Cultura. Há representação paritária, em número de 13 (treze), da representação do Poder Público Federal, formada por técnicos de entidades externas civis, mas representante de categorias profissionais diretamente vinculadas ao patrimônio (arquitetos, arqueólogos, antropólogos) e integrantes de ministérios e outras entidades da administração federal indireta, de da sociedade civil, sendo o presidente do IPHAN membro nato (artigo 7º do Decreto nº 6.844/2009). O que parece não coincidir com as estratégias e ações previstas no Plano Nacional de Cultura é a forma de preenchimento das vagas da sociedade civil, dependentes de livre indicação do presidente do IPHAN e designados pelo Ministro da Cultura, comprometendo a independência dos conselheiros e afastando-se da diretriz de democratização das instâncias de participação social no campo cultural (Cap. V, item 5.4, do anexo I da Lei nº 12.343/2010). Porém, apresentou-se historicamente com relativa autonomia ao IPHAN, de acordo com Cecília Londres (2005 p. 117-118), “[...] O Conselho Consultivo sempre procurou se afirmar como foro imune a pressões externas, recusando sistematicamente impugnações, protestando veementemente, a partir de 1941, contra os cancelamentos feitos pelos presidentes da República, e demonstrando, desde o início de suas atividades, um leque de preocupações mais amplo que o de suas atribuições específicas (o julgamento de impugnações a tombamentos compulsórios e de tombamentos voluntários). [...] na primeira reunião extraordinária, o Conselho Consultivo deliberou que, embora não estivesse previsto no DL 25/37 (por em extenso), qualquer cidadão (e não apenas os proprietários dos bens) podia, em nome do interesse público, requerer tombamento”.

(QUEIROZ, 2016, p. 55).

Esses critérios fincados em *pedra e cal* (FONSECA, 2005) não deram lugar à formulação de um acervo de músicas, danças, manifestações e expressões populares, mas a coisas materiais do passado colonial, barroco, à busca do berço das origens europeias pelas elites econômicas e intelectuais, ou à representatividade estética do modernismo inserto na arquitetura. Os guardiões da civilização da materialidade homogeneizaram a constituição do patrimônio cultural brasileiro; “[...] essa estratégia produziu um ‘retrato da nação’ que termina por se identificar à cultura trazida pelos colonizadores europeus, reproduzindo a estrutura social aqui implantada” (FONSECA, 2009, p. 67). Segundo Joaquim Falcão (1984, p. 28), em crítica ainda formulada na década de 1980 do século XX, em análise ao conjunto dos bens protegidos na esfera federal entre o início da *fase heroica* e a *fase moderna* (gestão de Aloisio Magalhães) do IPHAN,

O levantamento sobre a origem social do monumento tombado indica tratar-se de: a) monumento vinculado à experiência vitoriosa da etnia branca; b) monumento vinculado à experiência vitoriosa da religião católica; c) monumento vinculado à experiência vitoriosa do Estado (palácios, fortes, fóruns, etc.) e na sociedade (sedes de grandes fazendas, sobrados urbanos, etc.) da elite política e econômica do país.

Como se vê, a cultura popular não era prioridade (DIANOVSKY, 2013, p. 5), tampouco a participação democrática na construção dos valores que alicerçavam o patrimônio era pensada. Todavia o projeto *andradiano*, ainda que preso à lógica de seu tempo, de uma retórica da perda das tradições populares e de veiculação de equipamentos culturais como os museus como veículo e local adequado para registro, inventariação e resguardo de bens de grupos a quem eram negados os direitos de cidadania, firmou-se como parâmetro fundante da ampliação do patrimônio cultural para uma noção imaterial. Paradoxalmente, até a edição do Decreto nº 3.551/2000, portanto após a promulgação da Constituição de 1988, o IPHAN e outros órgãos da administração pública cultural abrigaram iniciativas e projetos com intuito de identificar e difundir as culturas populares.

Essa retomada da proposta de Mário Andrade pautou-se por outro conceito de bem cultural, oposto e concorrente ao do DL nº 25/37, apesar de com ele conviver, impulsionado pelos folcloristas, pelo avanço das ciências sociais no Brasil e pela relação entre cultura e desenvolvimento

econômico, durante as décadas que sucederam a instituição do tombamento. No IPHAN, a figura de Aloísio Magalhães irá reunir esses interesses em torno da cultura popular em uma noção dinâmica, ampla e processual de bem cultural.

2.3 Aloísio Magalhães e o “triunfo” das culturas e referências populares

O insulamento burocrático do IPHAN, – cujo ápice vai do início da gestão de Rodrigo de Melo Franco até o ano de 1979, quando seu sucessor, Renato Soeiro (1967-1979), deixa o cargo de presidente, – marcado pela seleção de bens culturais protegidos por técnicos com conhecimentos especializados que garantiam autonomia burocrática e funcionamento do órgão, transcorreu ao lado de outros projetos, iniciativas e movimentos que, apesar da continuidade do conceito de patrimônio histórico e artístico associado a bens culturais materiais, formularam outras visões aglutinadoras de bens culturais que fundamentaram sua noção jurídica ampla (CORÁ, 2015, p. 143-145). Dessa forma, o projeto de Mário de Andrade foi parcialmente retomado, ampliado pela burocracia estatal brasileira, pela intelectualidade e por movimentos da sociedade civil, durante o período compreendido entre as décadas de 1940 e 1970, mas sem representar a introdução de mecanismo jurídico de salvaguarda de bens culturais imateriais.

Nesse sentido, é marcante a aproximação entre os estudos e pesquisas de cientistas sociais, antropólogos e sociólogos com os saberes populares, em geral, tidos pelas ciências como conhecimento menor, pouco importante, superstição, irracionalidade ou ignorância. Para que acontecesse esse elo, incursões etnográficas como a de Mário de Andrade pelo interior do país e a documentação e reunião de informações e conhecimentos acerca do folclore por Câmara Cascudo, para quem esse era objeto da ciência de um saber popular, foram determinantes na resistência ao processo de homogeneização, de proteção de bens que não fossem referentes às culturas não hegemônicas.

Duas concepções afirmaram-se: em primeiro lugar, a de que mesmo no interior do contexto nacional existiam culturas diversas e plurais, ou seja, a de que cada nação comportaria uma infinidade de culturas e subculturas; em segundo, a noção de que a cultura congregava bens materiais e imateriais ou intangíveis. É nessa época que se fomentou o trabalho de folcloristas e antropólogos, capazes de

inventariar as tradições, as narrativas orais, as diversas formas de musicalidade e da inventiva poética popular. (ABREU, 2009a, p. 37)

Assim, vale destacar que dentro da administração pública federal surgiram vários órgãos, inclusive vinculados ao IPHAN e ao MEC, que tinham, tem, por intuito, produzir conhecimento sobre o folclore das regiões brasileiras. Destacam-se, após a criação da UNESCO (1946): a Comissão Nacional do Folclore do Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura – IBECC, vinculado ao Ministério das Relações Exteriores; a Campanha de Defesa do Folclore Brasileiro (1958), surgida sob influência dos trabalhos da mencionada Comissão, mas vinculada ao Ministério da Educação e Cultura, e que em 1980 foi incorporada à Fundação Nacional de Artes – FUNARTE; o Instituto Nacional do Folclore (1980) da FUNARTE, que substituiu a campanha e, nos anos 90, passou a se denominar Coordenação de Folclore e Cultura Popular; e o Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular – CNFCP, em 2003, órgão vinculado ao IPHAN (unidade especial), que hoje auxilia o Departamento de Patrimônio Imaterial nas ações e políticas de salvaguarda do PCI (art. 3º, inciso V, do Decreto nº 6.844/2009) (CAVALCANTI, 2008, p. 13-14/26; CORÁ, 2015, p. 151).

De outro modo, as políticas culturais não se desenvolvem apenas no âmbito do Estado. A efervescência política do país nos anos 60 estabeleceu uma aproximação entre cultura e política, incorporando parcelas da sociedade brasileira que a política da fase heroica do IPHAN deixou de lado. A aproximação das ciências sociais com a cultura popular deu-se, em grande medida, por meio da ação política através dos Centros Populares de Cultura da União Nacional dos Estudantes (CPCs da UNE) e os projetos de alfabetização das ligas camponesas no Nordeste, baseados na pedagogia da autonomia e da emancipação política (FONSECA, 2005, p. 133).

Contudo, a crítica dirigida aos folcloristas é que, apesar de terem iniciado a prática da documentação e levantamento das manifestações da cultura popular, ainda estavam presos a uma visão estática, musealizada do patrimônio, romântica e assistencialista, dirigidos por ideias como autenticidade da expressão e imutabilidade, o que, de certa forma, dissociava sua continuidade da inovação contida no próprio ato do processo de criação (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2011, p. 90). Assim também, essa noção de cultura popular dos CPCs da UNE, embora falasse e agisse em nome das classes populares, ainda que imbuída do espírito da construção de uma ideia de cidadania, mediada pelos agentes de

vanguarda conscientizados, não atingia diretamente o público massivo de trabalhadores camponeses e urbanos, o qual tinha baixo protagonismo nessas representações políticas (FONSECA, 2005, p. 133). De acordo com Durval Muniz de Albuquerque Júnior (2011, p. 92):

O folclore seria um elemento de integração do povo nesse todo regional. Ele facilitaria a absorção dessa identidade regional pelas camadas que se buscava integrar à nova sociedade em gestação. O folclore apresenta, pois, neste discurso tradicionalista, uma função disciplinadora, de educação, de formação de uma sensibilidade, baseada na perpetuação de costumes, hábitos e concepções, construindo novos códigos sociais, capazes de eliminar o trauma, o conflito trazido pela sociabilidade moderna. O uso do elemento folclórico permitiria criar novas formas que, no entanto, ressoavam antigas maneiras de ver, dizer, agir, sentir, contribuindo para a invenção de tradições. Construir o novo, negando a sua novidade, atribuindo-o uma pretensa continuidade, como estavam fazendo com a própria região. Ele seria esse elo entre o passado e o presente. Ele permitiria ‘perpetuar estados de espírito’.

Entre as décadas de 1950 e 1960 do século passado, após a Segunda Guerra Mundial, houve uma crescente modificação da noção de patrimônio. O avanço do sistema econômico capitalista permitiu a aproximação de valor cultural e valor econômico⁶⁹ dos bens protegidos. Tanto as ações do IPHAN em relação ao tombamento de bens imóveis, quanto a noção de referência popular que o folclore portava, foram ressignificadas em atenção ao novo modelo de desenvolvimento econômico brasileiro (FALCÃO, 1985, p. 14).

A intensa urbanização das cidades e o crescimento de atividades como o turismo exigiram tanto do IPHAN, no Brasil, como em outros países, que a noção de preservação do patrimônio não se resumisse apenas a bens individualizados, mas a cidades, conjuntos, sítios, paisagens, centros históricos, bem como seu entorno, e exigisse a incorporação do

⁶⁹ Para o economista da cultura Alain Herscovici (1995, p. 23), esses valores são indissociáveis.

uso adequado dos bens como fonte de renda⁷⁰. A mensuração do

⁷⁰ Essas mudanças na atenção sobre os bens culturais representaram a ampliação internacional da sua noção e significaram a introdução do conceito de salvaguarda no campo do patrimônio cultural, mas não ainda com o sentido aplicado pela Convenção de 2003. O Brasil não estava distante desses debates e vai incorporar muitas das orientações, recomendações e definições de Cartas Patrimoniais do período entre as décadas de 1960-1980 na política de proteção do patrimônio cultural. Os impactos do desenvolvimento econômico sobre os espaços urbanos e rurais e do desenvolvimento tecnológico fizeram com que a UNESCO, em 1962, emitisse a *Recomendação de Paris para Proteção de Paisagens e Sítios*. O objetivo principal era orientar os Estados-membros a adotar medidas contra a especulação imobiliária e a construção de obras que ameaçassem paisagens e sítios de notável beleza, naturais ou criados pelo homem. As medidas cabíveis aparecem associadas a uma noção de *salvaguarda* como um *princípio de precaução* e de restituição dos bens – não como preservação ou conservação – através de medidas preventivas e corretivas a danos, tal qual a proteção legal por *zonas*, reservas naturais e parques nacionais. Em razão da preocupação com os prejuízos que obras públicas e privadas vinham ocasionando ao patrimônio histórico e artístico, a UNESCO, em 1968, lançou nova Recomendação em Paris. A tentativa era novamente harmonizar desenvolvimento econômico com patrimônio cultural no planejamento do turismo e na organização das cidades. Além da noção tradicional de bens culturais como bens materiais de valor artístico, histórico, paisagístico, arquitetônico e arqueológico, a *Recomendação de Paris* de 1968 incluiu os vestígios de civilização anteriores que possuísem valor etnológico no conceito de patrimônio. O que é mais curioso é que para a Recomendação de 1968 não havia a necessidade da proteção legal para que um vestígio do passado fosse considerado bem cultural, tampouco reconhecido por qualquer mecanismo; bastaria a constatação da importância histórica e artística, antecipando a divisão doutrinária italiana entre bens culturais *formais* e *reais* (MIRANDA, 2006, p. 55-56), ou seja, aqueles determinados pela tutela estatal e aqueles cujo valor não é reconhecido formalmente, mas está presente socialmente na vida comunitária. Essas recomendações encontrarão sua síntese cogente na Convenção do Patrimônio Mundial em 1972, cujo cerne central era a salvaguarda de bens culturais e naturais ameaçados de destruição e desaparecimento, porém muito criticada por estar demasiadamente presa a noção de bens culturais excepcionais e de valor universal que seriam inseridos na Lista do Patrimônio da Humanidade. Isso ocasionou divergência entre alguns países membros da UNESCO por acreditarem que somente bens

patrimônio atrelou-se não a critérios técnicos de excepcionalidade, apenas, mas à possibilidade de criação de postos de trabalho, de estabelecer níveis e padrões de consumo cultural com formação de um público e a circulação de ativos financeiros, envolvendo a população dos locais nos quais havia bens protegidos (MEC, 1980, p. 22). O interesse público não era o bastante para atuação estatal na medida em que há uma reificação dos bens culturais em nome do desenvolvimento econômico (FONSECA, 2005, p. 142-143). Se isso atingiu a organização das cidades e o capital imobiliário, também transformou a visão do folclore como exotismo popular, aproximando-a da ideia de referência dinâmica no cotidiano do povo na qual conviviam as temporalidades do passado e do presente.

Logo, surgiram no âmbito da política de preservação do patrimônio, programas que integraram economia e cultura, a fim de solucionar aspectos deficitários de recursos humanos e financeiros na

situados nas nações centrais e economicamente desenvolvidas integrariam a lista (SIMÃO, 2016, p. 19). Ainda assim, considerou *locais de interesse etnológico e antropológico* como patrimônio cultural. O conceito de salvaguarda atrelado a bens materiais está definido igualmente na *Carta de Restauro* do mesmo ano da Convenção de 1972 como “qualquer medida de conservação que não implique intervenção direta sobre a obra” diferenciando-se da restauração. A ampliação desse conceito dar-se-á na *Recomendação de Nairóbi* da UNESCO, em 1976, para efeitos de integração entre *conjuntos históricos e tradicionais* (inclusive aldeias e lugarejos) e sua *ambiência* (percepção estática ou dinâmica da vinculação do espaço com laços sociais, econômicos e culturais). Nesse sentido ainda restrito, *salvaguarda* seria “a identificação, a manutenção e a revitalização dos conjuntos históricos ou tradicionais de seu entorno”. Em 1982, a *Declaração de Tlaxcala*, elaborada no 3º Colóquio Interamericano sobre a Conservação do Patrimônio Monumental do ICOMOS sobre a revitalização de pequenas aglomerações, este conceito foi mantido para que quando elas fossem objeto de intervenção conservativa se procurasse levar em conta os aspectos históricos e socioculturais da região na qual estavam inseridas. A *salvaguarda*, como conjunto de medidas de viabilidade do patrimônio imaterial, tal qual se encontra na Convenção de 2003, se consolida na *Recomendação da Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular*, em 1989, quando a UNESCO considera o folclore, a cultura popular como patrimônio cultural da humanidade, cultura viva, fator de aproximação e de identidade cultural de povos e grupos cujo vigor estava ameaçado de desaparecer, comprometendo sua transmissão entre gerações, principalmente pelo avanço da difusão dos meios de comunicação de massa.

restauração e conservação de bens protegidos e, por outro lado, fornecer informações acerca do contexto cultural brasileiro para melhor promover essa integração. Assim, após um conjunto de compromissos (Brasília – 1970 e Salvador – 1971), um Grupo Interministerial, formado pelo Ministério do Planejamento, pelo Ministério do Interior, pelo Ministério da Indústria e Comércio pelo MEC, criou, em 1973, o Programa Integrado de Reconstrução das Cidades Históricas – PCH que durou até 1979. À semelhança do PCH, mas gestado fora dos limites tradicionais da noção de patrimônio do IPHAN e da organização administrativa do MEC, pois pensado no interior do Ministério da Indústria e do Comércio, surgiu o Centro Nacional de Referência Cultural – CNRC, em 1975, na forma de convênio.

Os dois projetos se inter-relacionavam. A aplicação do PCH evidenciou a necessidade da inserção econômica dos bens protegidos no contexto sociocultural das comunidades, não como referência pura e simples do passado, mas como elemento dinâmico do presente. Coube ao artista plástico e *designer*, o pernambucano Aloisio Magalhães, que participou das reuniões embrionárias de fundação do CNRC, a direção do Centro que tinha como objetivo central laborar um sistema de referenciamento básico da cultura brasileira a partir da descrição e análise de sua dinâmica (MEC, 1980, p. 23). Nos termos da minuta do convênio, este delineamento possuiria as seguintes características (MEC, 1980, p. 116):

- a) a adequação às condições específicas do contexto cultural do país;
- b) abrangência e flexibilidade na descrição dos fenômenos que se processam em tal contexto, e na vinculação dos mesmos às raízes culturais do Brasil;
- c) explicitação do vínculo entre o embasamento cultural brasileiro e a prática das diferentes artes, ciências e tecnologias, objetivando a percepção e o estímulo, nessas áreas, de adequadas alternativas regionais.

Os objetivos principais do CNRC correspondiam aos conceitos basilares de bens culturais para Aloisio: a) a ideia de bens culturais como gênero; b) dinamicidade; c) referência cultural atrelada ao contexto; d) continuidade; e e) novidade (o que Joaquim Falcão (1985, p. 17) denomina de cultura jovem).

Primordialmente, o Centro se resumiria em um banco de dados que pudesse abrigar todo tipo de conhecimento e informação sobre os

referentes da cultura brasileira (FONSECA, 2005, p. 144), ideia essa que, décadas mais tarde, o IPHAN incorporou no Registro do PCI. O objetivo também era transformar os bens culturais em produtos da economia brasileira. Daí porque a tarefa primeira de identificação traduzir-se-ia depois em indicadores culturais que pudessem atender as demandas do desenvolvimento do país. Portanto, incorporou a noção de PHA, mas não se deteve no reconhecimento formal dos bens.

A ideia de bens culturais como gênero não era um contraponto excludente ao PHA. Em verdade, sua noção era abrangente: conviveriam os bens protegidos das elites e os da cultura popular. Percebe-se, aqui, a proximidade de seu conceito com o sistema octogonal de patrimônio artístico de Mário de Andrade. Esses bens representariam a continuidade do passado no presente, não sob uma ótica estática, mas em constante modernização, mudança e atualização. Nesse processo criativo de reinvenção, há a valorização da identidade nacional frente a outros países da esfera internacional. A defesa da memória nacional, no contexto de proximidade local de suas raízes, fortaleceria os laços do povo, manteria seus valores vivos e firmaria o país como economia jovem e dinâmica, diante dos “países velhos e ricos”, na sua condição de nação “jovem e pobre” (FALCÃO, 1985, p. 20). O deslocamento na dicotomia “velho” e “novo” (cultura jovem) refere-se principalmente ao aspecto do potencial de inovação da criação com base na continuidade dos bens culturais e suas transformações, assim também como à posição geopolítica do Brasil no planeta. Não à toa que, para Aloisio Magalhães, a tecnologia se enquadrava no gênero bens culturais.

Relembrar a importância da continuidade do processo cultural a partir de nossas raízes não representa uma aceitação submissa e passiva aos valores do passado, mas a certeza de que ali estão os elementos básicos com que contamos para a conservação de nossa identidade cultural (MAGALHÃES, 1985, p. 47).

Em princípio, o CNRC trabalhou sob uma ótica completamente distinta do IPHAN. A heterogeneidade era característica não só dos objetos a serem identificados pelo Centro mas, igualmente, da equipe interdisciplinar recrutada por Aloisio. Enquanto o corpo de servidores do IPHAN era formado eminentemente por historiadores, arquitetos e arqueólogos, os projetos de pesquisa do CNRC foram desenvolvidos e financiados por especialistas de diferentes áreas, de acordo com a natureza da investigação: antropólogos, matemáticos, economistas,

engenheiros, dentre outros.

Os bens culturais seriam “instrumento para um desenvolvimento harmonioso” (MAGALHÃES, 1985, p. 47). Enquanto o processo de industrialização acelerado dos “velhos países” e a massificação dos meios de comunicação contribuiriam para a perda da identidade nacional, a vantagem do Brasil ser um país “novo” seria a de contar com a sedimentação da miscigenação das culturas formadoras (portuguesa, indígena e africana) como veículo da política econômica de desenvolvimento (MAGALHÃES, 1985, p. 48). A autonomia desse desenvolvimento se assentaria em valores culturais identificados por indicadores. No processo de desenvolvimento econômico, os bens de valor histórico (PHA) e os de expressão individual (criações intelectuais), teriam uma função para concretizá-lo, sendo atravessados pelo que denominou de fazer popular. Segundo Aloísio Magalhães (1985, p. 53):O autor:

Permeando essas duas categorias, existe vasta gama de bens – procedentes sobretudo do fazer popular – que por estarem inseridos na dinâmica viva do cotidiano não são considerados como bens culturais nem utilizados na formulação das políticas econômica e tecnológica. No entanto, é a partir deles que se afere o potencial, se reconhece a vocação e se descobrem os valores mais autênticos de uma nacionalidade. Além disso, é deles e de sua reiterada presença que surgem expressões de síntese de valor criativo que constitui o objeto de arte.

Até o seu fim, em 1980, com o encerramento do convênio e a incorporação de suas atividades à nascente Fundação Nacional Pró-Memória, o Centro trabalhou em duas etapas. A primeira divisão, segundo Cecília Londres (2005, p. 146), era baseada em categorias científicas: ciências humanas, ciências exatas, documentação, arte e literatura. Já a segunda fase dividiu os projetos em programas de compreensão da produção cultural brasileira.

Eram eles: 1) Artesanato, que financiou os projetos de investigação do artesanato como referência cultural, da tecelagem popular do Triângulo mineiro, do artesanato indígena do Centro-Oeste, da Cerâmica de Amaro de Tracunhaém, dos brinquedos populares do Nordeste, do artesanato do médio São Francisco e da fabricação e comercialização de Lixeiras; 2) Levantamentos Socioculturais, que desenvolveu projetos de pesquisa como o Programa Ecológico e Cultural do Complexo Industrial

Portuário de Suape, o projeto de levantamento ecológico cultural das lagoas Mundaú e Manguaba, a etnomusicologia na área Nordeste, o estudo da cultura paulistana e de sua renovação urbana, o projeto tesouro da cultura brasileira e o estudo da polêmica relativa à cultura brasileira instaurada pelo modernismo; 3) História da Tecnologia e Ciência no Brasil, que buscava compreender o funcionamento da economia de conhecimentos e saberes tradicionais como o estudo multidisciplinar do caju (inspirador do registro do modo de fazer a cajuína), o levantamento sobre as marcas estampadas em folha de flandres e das indústrias familiares dos imigrantes; e 4) Levantamentos de Documentação, que possuiu inúmeros projetos de documentação, levantamento bibliográfico, acervo cinematográfico e microfilmagens que retratassem o país (MAGALHÃES, 1985, p. 57-62).

A metodologia de desenvolvimento dos trabalhos do CNRC apresenta-se como antecedente da conjugação entre o atual Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC e o Registro do PCI. Segundo Aloisio Magalhães (1985, p. 56), os programas eram submetidos a três etapas apriorísticas de pesquisa: a) *identificação*, fase que gerava o conhecimento da dinâmica do bem cultural e o registro documental do fenômeno; b) *indexação*, cujo produto era a memória do material classificado depois da coleta; e c) *devolução*, momento no qual se pensavam ações nas comunidades onde os conhecimentos e informações foram levantados, fase de comunicação e retorno. Todas elas seriam transversalmente atingidas por um processo de *reflexão*. Os programas procuravam responder, em suma, as seguintes interrogações:

Que referenciais? Quais são esses referenciais? Qual a importância desses referenciais? Onde estão, como se dividem, como se compõem os referenciais importantes para o desenvolvimento da cultura brasileira? [...] Quais os componentes fundamentais da cultura brasileira? Quais os indicadores básicos de uma personalidade, de um perfil, de uma fisionomia que pudesse significar a cultura brasileira, na medida em que o processo de desenvolvimento, a dinâmica da trajetória natural de qualquer nação, sobretudo no mundo contemporâneo, rápida e aceleradamente perde, esquece esses componentes fundamentais, e em que os componentes novos agregados à cultura, numa absorção na maior parte das vezes indiscriminada e sem avaliação do peso das suas repercussões futuras, atingem, pelos meios de

comunicação tecnológica de hoje, o âmago, o cerne de uma cultura, e sobre ela atuam de maneira muitas vezes devastadora? (MAGALHÃES, 2005, p. 39).

Além de antecipar metodologias de inventariação do PCI e ofertar bases para análise dos ciclos econômicos dos bens culturais (produção – difusão/comercialização – consumo), Aloisio Magalhães, com a sua noção ampliada de bens culturais, certamente influenciou o conceito de referência cultural contido no *caput* do artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Os bens referentes para proteção e promoção do Estado, em sua visão, não se resumiam, portanto, a bens materiais de valor artístico e histórico, tampouco a expressões e manifestações da cultura popular; integravam-os processos, saberes e fazeres que geravam produtos de valor econômico (FONSECA, 2005, p. 151).

No período da Ditadura Civil-Militar de 64, a identificação dos referentes culturais, em contextos regionais diversificados, por meio dos levantamentos, embora baseada nas concepções de desenvolvimento de organismos internacionais como a UNESCO, encontrou resistências de setores econômicos e políticos. Com o fim da gestão de Renato Soeiro, indicado pelo então Ministro da Educação e Cultura, Eduardo Portela, e pelo general Golberri do Couto e Silva, e com a necessidade de reformulação administrativa do IPHAN, Aloisio Magalhães assumiu o IPHAN, em 1979. O órgão, que passou a se denominar SPHAN, incorporou os programas do PCH e do CNRC, contando na fusão com os recursos a eles destinados e alguns de seus quadros técnicos. O CNRC que se transformou em órgão do SPHAN, deu lugar à Fundação Nacional Pró-Memória (Lei nº 6.757, de 26 de novembro de 1979).

O grande estímulo para a fusão decorreu da noção de bem cultural ampliada pelos programas. Qualquer revitalização do IPHAN à época haveria de lidar com a aplicação de um novo sentido e alcance do patrimônio. A pressão política para a democratização do país pôs em destaque os produtores dos bens culturais, objeto dos estudos e pesquisas do CNRC de Aloísio Magalhães. Em 1981, acumulou seu cargo com a direção da Secretaria da Cultura do MEC, promovendo seminários que buscavam discutir as diretrizes para operacionalização da política cultural do Ministério, e vindo a falecer em 1982 em reunião da UNESCO, em Veneza.

A grande crítica feita à Aloisio Magalhães é que, embora as bandeiras da unidade e segurança nacional dos militares não estivessem explicitamente presentes no Plano Nacional de Cultura de 1975, o *designer* propagava o então discurso do milagre econômico nas bases das

relações entre cultura e desenvolvimento, e conciliava a cultura erudita das elites com a cultura popular, a partir de uma noção sincrética de unidade na diversidade. Além disso, de acordo com Cecília Londres (2005, p. 163), essa falsa harmonia:

[...] revalorizava a cultura popular a partir de uma visão idealizada, sem identificar os sujeitos reais que a produzem e consomem, e seu lugar subalterno na sociedade brasileira. Em segundo lugar, sua posição, junto ao governo federal, de porta-voz dos produtores dessa cultura, tornava-se progressivamente mais problemática, tanto em função das ações desse governo, que contradiziam a intenção de abertura, quanto da própria rearticulação da sociedade civil.

Não obstante a crítica, a abertura do IPHAN para esta nova noção de bem cultural fez com que houvesse o tombamento de lugares correspondentes à cultura de grupos sociais excluídos da arena do patrimônio, e de fazeres associados a práticas econômicas familiares e tradicionais. Muito embora o mecanismo seja julgado inadequado, com repercussões práticas que extrapolam a esfera de aplicação do tombamento, as inscrições nos livros do tombo do Terreiro da Casa Branca (1986), em Salvador, na Bahia, como representatividade do reconhecimento das comunidades negras do país, e da Fábrica de Vinho de Caju Tito Silva (1984), em João Pessoa, na Paraíba, como símbolo do resgate de um saber-fazer, são provas da repercussão do conceito de bem cultural de Aloisio Magalhães.

A Constituição de 1988, tendo em vista as pressões populares para reconhecimento dos direitos desses sujeitos de direitos coletivos, incorporará a noção de referência cultural definida pelos próprios grupos da sociedade brasileira. Em consequência, a participação social tornar-se-á obrigatória em qualquer mecanismo de proteção do patrimônio cultural. Igualmente, Aloisio contribuiu para firmar a seleção dos bens culturais protegidos, de acordo com os valores construídos socialmente por eles, em seus contextos. As noções de dinâmica e de mutabilidade do patrimônio cultural aparecerão como características dos bens imateriais, determinantes para o Registro do PCI.

Também, muito em função da época e das denúncias de alguns países periféricos e subdesenvolvidos na geopolítica mundial, na década de 1970, Aloisio atrela valor econômico e valor cultural, binômio que estava presente no crescente interesse comercial das indústrias culturais sobre os produtos das culturas populares. Juridicamente, além de

antecipar o conceito de patrimônio cultural imaterial, o artista plástico, implicitamente, sugere uma aproximação da proteção de bens imateriais da cultura popular, pela via dos direitos intelectuais com as concepções de continuidade, transformação do bem imaterial pela criatividade e inovação, geradora de direitos.

Não à toa, organismos internacionais como a OMPI e a UNESCO irão se ocupar de estudos jurídicos propositivos para criar mecanismos de proteção à atribuição de expressões tradicionais da cultura popular a povos indígenas, grupos e comunidades tradicionais em países periféricos e em desenvolvimento. Por essa razão, antes de adentrar no histórico da criação do Registro do PCI, para compreensão dos seus efeitos, é que se faz necessário um breve panorama da questão no contexto internacional.

2.4 A cultura popular e o folclore sob as lentes da propriedade intelectual

No pós-segunda guerra mundial, as reivindicações identitárias, os movimentos nacionalistas, no denominado Terceiro mundo (Ásia, África e América Latina), e separatistas anticoloniais, apoiavam-se em outra concepção de patrimônio cultural, que prescindia da materialidade de bens intermédios para afirmar os seus valores referentes. A cultura advinda das camadas populares, a música, a dança, processos tradicionais de transmissão de saberes, festas e espaços sagrados, relacionados com o cotidiano e o ambiente de grupos sociais que, em geral, não seriam alcançados pela visão europeia de patrimônio *pedra e cal*, calcada em valores de excepcionalidade e notabilidade, reclamaram, nesses processos políticos, outra conformação normativa, principalmente para protegê-los da exploração comercial indevida, fora de suas bases comunitárias originais.

Somente com a grande expansão cronológica, tipológica, geográfica que o campo do patrimônio sofreu após a Segunda Guerra Mundial, é que processos e práticas culturais começaram, lentamente, a ser vistos como bem patrimoniais em si, sem necessidade de mediação de objetos, sem que fossem chamados a reificá-los ou representá-los. Essa nova percepção não surgiu, contudo, de uma reflexão europeia e ocidental, mas da prática de preservação oriunda de países asiáticos e do chamado Terceiro Mundo, cujo patrimônio em grande parte, é constituído de criações populares anônimas, não tão importantes em si por sua

materialidade, mas pelo fato de serem expressões de conhecimentos, práticas e processos culturais, bem como de um modo específico de relacionamento com o meio ambiente.

[...]

A prática ocidental de preservação, fundada na conservação do objeto e na sua autenticidade, bem como sua codificação legal, baseada, em última análise, na limitação do direito de propriedade, simplesmente não dão conta dessa nova noção de patrimônio cultural que ganhou consistência a partir dos anos 1970, por meio da incorporação de seus aspectos imateriais e processuais. [...] não faz sentido, por exemplo, nos casos em que o que tem valor não é o objeto, inúmeras vezes rapidamente perecível ou consumível; importa saber produzi-lo. Não faz sentido, igualmente, nos casos em que nem mesmo há objetos, mas apenas palavras, sons, gestos e ideias (SANT'ANNA, 2009, p. 51-53)

Ainda assim, mesmo no engendramento da polarização do mundo pela Guerra Fria, a expansão econômica do sistema capitalista impunha suas regras de produção, que transformavam expressões, conhecimentos e artefatos, cujo *valor de uso* ou *simbólico* em grupos socialmente diferenciados, como comunidades indígenas, vertia-se quase predominantemente em *valor de troca*, reestruturando o sentido do comunal para uma reprodução social de exploração das desigualdades em escala industrial, homogênea, massificada, e organizando a divisão do trabalho no interior de diversos grupos, explorando a concorrência entre seus membros (CANCLINI, 1983, p. 99), para atender demandas de consumo de “objetos exóticos”, “souvenires turísticos”. O caráter coletivista desses grupos em que a cultura popular desempenha papel, no qual as suas funções materiais não se sobreponham às simbólicas, sendo ambas relacionais, de uso comum, são rompidas. A interdependência entre uma e outra permanece apenas para uma sobrevalorização do *valor de troca* e ressignificação do valor cultural para prepara-lo para consumo, exportação, emprego desses sistemas simbólicos nas indústrias e nos setores de serviço da economia capitalista. Segundo Néstor Canclini (1983, p. 65-69), em pesquisa empírica sobre o artesanato,

O capitalismo engendra os seus próprios mecanismos para a produção social da diferença, mas também utiliza elementos alheios. (p. 65)

[Esses elementos como objetos domésticos] Cada

vez menos utilizados nas sociedades camponesas porque são substituídos por produtos industriais mais baratos ou atraentes devido ao seu desenho e suas conotações modernas. Mas a produção artesanal decaída é reativada graças a uma crescente demanda de objetos ‘exóticos’ nas próprias cidades do país [México] e do estrangeiro. Esta estrutura aparentemente contraditória mostra que também no espaço do gosto o artesanal e o industrial, a ‘tradição’ e a ‘modernidade’ se implicam reciprocamente (p. 66).

[Vê-se, por exemplo,] [...] a importância que possuem o artesanato e as festas populares em termos do desenvolvimento atual. Como atração econômica e de lazer, como instrumento ideológico, a cultura popular tradicional serve à reprodução do capital e da cultura hegemônica (p. 69).

Como reação às incursões do sistema econômico na cultura popular, principalmente pelos países industrializados, países do Terceiro Mundo começaram a pensar estratégias normativas de proteção do folclore, tanto no âmbito interno com legislações nacionais, como com provocações oficiais para providências em organismos internacionais. Em geral, tem-se, à época, a ideia de que as expressões do folclore estariam em domínio público, portanto podendo ser utilizadas ou exploradas economicamente, sem a necessidade de autorização das comunidades às quais se vinculavam. Para o direito de autor clássico, a proteção do folclore esbarraria na impossibilidade da identificação dos seus autores. No entanto, leis nacionais começaram a declarar expressões do folclore e da cultura popular como “patrimônio cultural tradicional”, “patrimônio vivo”, das comunidades do âmbito dos seus territórios internos. Segundo Manuel Guevara (2011, p. 55), “existem certas expressões culturais cuja complexidade não permite a identificação de um autor em termos individuais; elas pertencem mais à comunidade que as pratica”⁷¹.

Nesse sentido, a convergência normativa da maneira mais

⁷¹ Tradução livre do original em espanhol: “existen ciertas expresiones culturales cuya complejidad no permite la identificación de un autor en términos individuales; ellas pertenecen más bien a la comunidad que las practica”.

adequada de proteger, em princípio, parcela do que posteriormente veio a se tornar o conceito de patrimônio cultural imaterial, não foi para mecanismos de limitação do direito à propriedade, como o tombamento, no caso dos bens materiais do PHA, mas para a extensão do direito de exclusivo dos direitos autorais às expressões culturais, uma (questionável) adaptação da proteção conferida às obras intelectuais. Essa primeira aproximação, em nível internacional, ocorreu nas conferências diplomáticas para revisão da Convenção de Berna, em 1967. Como resultado de um Grupo de Trabalho que participou das primeiras discussões e na Revisão de Paris, em 1971, inseriu-se na Convenção de Berna o artigo 15 (4):

ARTIGO 15

[...]

4) a) Quanto às obras não publicadas cujo autor é de identidade desconhecida, mas, segundo tudo leva a presumir, nacional de um país da União, é reservada à legislação desse país a faculdade de designar a autoridade competente para representar esse autor e com poderes para salvaguardar e fazer valer os direitos do mesmo nos países da União.

b) Os Países da União, que, por força desta disposição, procederem a tal designação, notificá-lo-ão ao Diretor-Geral mediante uma declaração escrita em que serão indicadas todas as informações relativas à autorização assim designada. O Diretor-Geral comunicará imediatamente a referida declaração a todos os outros países da União

O dispositivo acima traz a proteção às obras órfãs. Não faz menção direta ao folclore, mas foi pensado a partir dele, e estendido a outras situações que não necessariamente tem ligação com ele. Contudo, tanto essa disposição, como adaptações dos direitos de autor e dos direitos conexos (proteção temporal e limitada dos praticantes das expressões pela via indireta dos artistas e intérpretes executantes), demonstraram-se insatisfatórias ao combate das apropriações indevidas. Isso porque o fundamento do direito de autor clássico “pressupõe que a criação de uma obra, como manifestação do espírito humano, é pessoal e, portanto, individualizada, mas não considera que um ato de criação pode ser um

processo longo e produzido por várias pessoas”⁷² (GUEVARA, 2011, p. 152).

Assim, surgiu a noção de que as expressões folclóricas necessitavam de uma legislação especial *sui generis*, ainda que adequada ao sistema de propriedade intelectual. Em 1973, o governo da Bolívia enviou Carta à UNESCO requerendo a elaboração de um instrumento internacional de proteção ao folclore em forma de anexo à Convenção Universal sobre Direito de Autor. A UNESCO apresentou então, em 1975, estudos interdisciplinares sobre o folclore ao Comitê Executivo da União de Berna e ao Comitê Intergovernamental da Convenção Universal. Visto isso, concluíram que as pesquisas da UNESCO eram demasiadamente abrangentes e globais, quando, em verdade, a preocupação central era apresentar soluções legais à proteção jurídica dessas expressões.

Em virtude disso, a OMPI e a UNESCO trabalharam conjuntamente, auxiliadas por especialistas, entre os anos de 1977-78, para apresentar um modelo padrão de disposições para leis nacionais sobre proteção das expressões do folclore contra a exploração ilícita. Após intensas discussões, o modelo, na sua versão final e comentada, fora aprovado em 1982 conjuntamente pela OMPI e pela UNESCO (OMPI, 1982, p. 67-71). Anteriormente, a OMPI havia difundido, em 1976, a Lei Modelo da Tunísia direcionada para países em desenvolvimento no qual se inseria o folclore como objeto dos direitos de autor, com prazo ilimitado de proteção, e punha na competência do Estado o dever de gerir direitos econômicos e morais sobre as expressões (OMPI, 1982, p. 62; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 73).

A sugestão para os países tinha como justificativa a exploração indevida do folclore pelo rápido desenvolvimento econômico e da tecnologia. A medida protetiva sugerida pelo documento destacava o comércio ilegal fora dos sentidos comunitários e simbólicos originários de grupos tradicionais pertencentes a um país. As atividades econômicas sobre o folclore eram exercidas sem respeito aos interesses culturais da comunidade. Antecipava, assim, a necessidade da consulta das comunidades tradicionais envolvidas, e o estabelecimento de retornos econômicos e repartição de benefícios oriundos de explorações por elas autorizadas. Portanto, as comunidades seriam sujeitos coletivos desses

⁷² Tradução livre do original em espanhol: “[...] supone que la creación de una obra, en tanto manifestación del espíritu humano, es personal y, por ende, individualizable, pero no considera el hecho de que un acto de creación pueda resultar de un proceso extenso y producido por varias personas”.

direitos, ainda que o projeto mencionasse indivíduos que refletissem as expectativas tradicionais de uma comunidade em particular.

Seriam protegidas as expressões do folclore (verbais, musicais, corporais), tangíveis (obras de arte fixadas em suportes materiais, instrumentos musicais, obras arquitetônicas) e intangíveis (danças, rituais, poesia transmitida oralmente), diferentemente da proteção das obras intelectuais, não importando se estivessem fixadas em um suporte ou não. Apesar do caráter imaterial das expressões folclóricas, é certo que também se apoiam em objetos físicos que não se sujeitam necessariamente ao direito individual de propriedade, na medida em que se constituem criações coletivas cujo caráter dinâmico compromete qualquer tipo de precisão acerca de sua origem temporal. Para Manuel Guevara (2011, p. 158),

A intangibilidade das obras tornou-se inaplicável ao regime de propriedade dos objetos materiais próprios da legislação própria dos direitos de autor. A UNESCO decidiu enfatizar a importância da natureza intangível das obras, mas, no entanto, isso não significa que eles são destacados de elementos físicos. Uma expressão cultural imaterial também tem uma dimensão material.

Os mecanismos de criação e desenvolvimento do patrimônio cultural imaterial podem assumir formas que violam o princípio formal da propriedade privada. De início, práticas, representações e expressões que compõem o patrimônio cultural imaterial não tem um criador definido; sua criação responde melhor a processos coletivos e impessoais. É, portanto, difícil de atribuir uma origem precisa às obras.

Em seguida, o caráter vivo e até mesmo mutável desse patrimônio, não permite definir uma ideia, no sentido estrito, da obra no tempo. Ela não é a final de contas, o patrimônio cultural imaterial não pode pretender-se autêntico no sentido ocidental do termo⁷³.

⁷³ Tradução livre do original em espanhol: “La intangibilidad de las obras ha vuelto inaplicable el régimen de propiedad de los objetos materiales propio de la legislación de los derechos de autor. La UNESCO decidió destacar la importancia del carácter inmaterial de las obras, pero, sin embargo, esto no ha significado que estén desligadas de elementos físicos. Una expresión

O modelo tipo traz, ainda, em seu bojo, o combate a fixações das expressões folclóricas com fins lucrativos exteriores ao contexto tradicional comunitário, a menos que fossem autorizadas. Essa autorização respeitaria a organização social de cada comunidade, e seria exercida por uma autoridade competente por ela designada. A autoridade fixaria os valores correspondentes ao terceiro interessado no uso a que se destinaria a promoção e a salvaguarda do folclore

As disposições restritivas ao uso não se aplicariam, obviamente, aos indivíduos da própria comunidade, desde que não fosse prejudicial aos legítimos interesses comunitários. Assim como os direitos de autor, os direitos que poderiam ser conferidos pela adoção do modelo estariam sujeitos a exceções, usos permitidos legalmente no interesse do atendimento a outros direitos, como direito de acesso à informação e à cultura. Em um rol aparentemente exemplificativo, as utilizações poderiam ocorrer sem autorização para finalidades educacionais, para fins de ilustração de obra folclórica, para criação de obras derivadas, para fins de informação nos meios de comunicação e no uso de objetos incorporados a logradouros públicos.

As sanções para apropriação indevida seriam adotadas pelos próprios países, de acordo com a discricionariedade atribuída pelos governos à proporção da gravidade das condutas, pois o projeto traz apenas algumas sugestões de descrições de ações a serem combatidas como uso não autorizado, a omissão deliberada da menção e referência da origem de uma expressão folclórica, danos intencionais e lesivos aos interesses da comunidade. Não enveredando pela natureza penal dessas sanções, o modelo deixa em aberto a sugestão para adoção da

cultural inmaterial posee igualmente una dimensión material. Los mecanismos de creación y de desarrollo del patrimonio cultural inmaterial pueden tomar formas que transgreden el principio formal de la propiedad privada. De partida, las prácticas, representaciones y expresiones que conforman el patrimonio cultural inmaterial no tienen un creador definido; su creación responde más bien a procesos colectivos e impersonales. Es, por lo tanto, difícil asignar un origen preciso a las obras. En seguida, el carácter vivo e incluso mutable de dicho patrimonio, no permite fijar una idea en stricto sensu de la obra en el tiempo. Ella no es la representación idéntica de lo que lo era en el pasado, y no lo será tampoco en el futuro. A fin de cuenta, el patrimonio cultural inmaterial no puede pretenderse auténtico en el sentido occidental del término”.

responsabilização civil e do confisco de benefícios obtidos a partir de objetos produzidos desrespeitando as regras da lei.

Grandes debates surgiram quando foram levantadas questões sobre as expressões que transcendiam as fronteiras territoriais de mais de um país⁷⁴. Outrossim, a legislação considerada especial repetia pressupostos e cânones dos direitos de autor, muito embora não se submetesse a mesma lógica⁷⁵. Seu objeto se restringia a expressões culturais tradicionais⁷⁶, não abrangia modos de saber-fazer, conhecimentos associados à

⁷⁴ Se em termos globais, não há ou houve uma proposta concreta para resolver este impasse e para o estabelecimento de um *standard* para resolução de conflitos de expressões que extrapolam fronteiras, recentemente países africanos adotaram um sistema regional para proteção de conhecimentos tradicionais e expressões do folclore. O *Protocolo de Swakopmund* foi assinado em 2010 em conferência da Organização da Propriedade Intelectual Regional Africana – ARIPO. O protocolo enfatiza que conhecimentos e expressões tradicionais integram o patrimônio cultural dos países africanos e, como tal, estão em contínua mudança, transformação e inovação. Porém, há necessidade de garantir o respeito aos usos e à transmissão geracional desses bens imateriais, reconhecendo às comunidades sua titularidade e custódia sobre eles, respeitando seu direito costumeiro, a fim de tornar efetiva a proteção contra abusos, explorações ilícitas e apropriações indevidas. Ainda assim, reconhece que há a necessidade da manutenção de um equilíbrio justo entre os interesses dos detentores de expressões e conhecimentos dos benefícios que podem gerar à sociedade em geral. Em suma, o protocolo disciplina as formalidades para proteção de conhecimentos tradicionais e expressões do folclore, os direitos dos detentores, formas de reconhecimento das comunidades, os direitos dos beneficiários da exploração autorizada desses bens, regras gerais sobre cessão e licença que os envolvam, duração, exceções e limites da proteção e dos usos autorizados e normas de gestão dos direitos.

⁷⁵ Algumas dessas insuficiências dos direitos autorais para proteção das formas de expressão do PCI serão enfrentadas na análise dos processos administrativos dos bens imateriais registrados pesquisados na tese.

⁷⁶ De acordo com Edson Beas (2010, p. 51), a OMPI diferencia as expressões culturais tradicionais das obras intelectuais porque as primeiras não se fixariam em um suporte material, e sua transmissão dar-se-ia preferencialmente pela oralidade. Ver-se-á no conceito de bem cultural imaterial objeto do Registro do PCI que essa intangibilidade do suporte é relativa. Igualmente, uma obra intelectual pode ser fixada em um suporte imaterial, algo comum no ambiente digital.

biodiversidade⁷⁷⁸. Na esfera do patrimônio cultural, as políticas de promoção e salvaguarda ficavam em segundo plano⁷⁹.

⁷⁷ O predicado “associado à biodiversidade” que acompanha os conhecimentos tradicionais, ou “recursos genéticos” a eles associados, significa que, embora tenham uma proximidade forte, nem todos estão relacionados com a natureza (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 41).

⁷⁸ Após uma série de missões exploratórias nos continentes acerca do *estado da arte* das legislações nacionais na proteção de expressões e conhecimentos tradicionais ao final da década de 1990 do século, a OMPI criou, no final de 2000, o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual, Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore. Desde então, a OMPI empreendeu uma série de pesquisas, aplicações de questionários, coletas de dados, consultas e investigações para tentar chegar a um denominador comum sobre princípios e objetivos retores da proteção de cada uma dessas categorias. No caso das expressões tradicionais, as disposições tipo contra explorações ilícitas podem ser consideradas mais ousadas no sentido de sugerir legislativamente a adoção de regramentos internos aos Estados. Embora no plano prático essas parcelas do PCI em sentido amplo sejam indissociáveis, cada qual é um fragmento (MOREIRA, 2006, p. 78) com disciplinamentos normativos e princípios distintos. No direito internacional, essa fragmentação se torna disputa pelo poder normativo que tem repercussões nas áreas ambiental, alimentar, cultural, comercial e até da organização do trabalho. Não à toa o envolvimento nesses debates sobre da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO, UNESCO, OMPI, OMC e OIT (TEUBER; FISCHER-LESCANO, 2008, p. 19; SAMBUC, 2003, p. 38). Para Edson Beas Júnior (2010, p. 54), esses fragmentos compartilham características comuns, quais sejam: uma vinculação a um grupo ou comunidade tradicional que partilha uma mesma identidade cultural, em geral vítimas da desigualdade socioeconômica; o compartilhamento de uma solidariedade intergeracional; a construção coletiva do processo criativo de memória, mutável e contínuo; e a convivência e a interdependência harmônica com ecossistemas naturais.

⁷⁹ A OMPI, como resultado do aprofundamento dos debates acerca proteção de expressões e conhecimentos tradicionais, possui hoje um conjunto de objetivos políticos e princípios fundamentais que servem como guias para os Estados-membros e podem embasar futura declaração ou tratado para proteção de expressões culturais tradicionais (WIPO/GRTKF/IC/9/4) e conhecimentos tradicionais (WIPO/GRTKF/IC/7/5). Essas diretrizes, constantemente revisitadas e atualizadas pelo Comitê Intergovernamental, apoiam-se no reconhecimento do valor das expressões e conhecimentos

Não obstante a chave jurídica desse modelo seja uma razão fundada no princípio da isonomia entre as criações intelectuais de povos e comunidades tradicionais e os indivíduos titulares de direitos de autor, a complexidade do folclore foi simplificada em uma única disciplina jurídica. Tanto assim que, anos mais tarde, após a Assembleia Nacional Constituinte que já empregou na Constituição de 1988 o conceito de patrimônio cultural imaterial e os deveres constitucionais de tutela, a Recomendação da Cultura Tradicional e Popular de 1989 substituiu essa tônica pela de salvaguarda, cuja repetição se encontra na Convenção de 2003 para o Patrimônio Cultural Imaterial (GUEVARA, 2011, p. 163).

A Recomendação de Paris 1989 definiu a cultura popular tradicional e o folclore como um conjunto de criações de uma comunidade cultural fundada na tradição, cuja identidade, normas e valores são exprimidos, seja em grupo ou individualmente, na língua, na literatura, na dança, nas artes, nos rituais etc., através da transmissão oral ou por outros meios distintos. Vê-se que este conceito é um dos princípios originários da Convenção de Salvaguarda do PCI de 2003.

Porém, a *Recomendação* nas suas medidas de reconhecimento estava distante da realidade das comunidades às quais faz referência. Se por um lado concebia esses bens como dissociados da vida cotidiana, apenas como objetos de documentação de especialistas, por outro, não continha direcionamentos muito precisos para evitar a confusão da sua transformação histórica em processos de exotismo e performance caricatural, o que se concebe pejorativamente por *folclorização* (CABRAL, 2011, p. 64). Além disso, após a independência de muitos países que permaneciam colonizados pelos europeus até depois da segunda metade do século XX, as populações e suas comunidades tradicionais, em virtude da *espetacularização* do folclore pelas

tradicionais, na liberdade de uso das comunidades, no respeito à satisfação de suas necessidades, na salvaguarda, na proteção preventiva dos seus detentores contra apropriação indébita, na repartição justa e equitativa dos benefícios da sua exploração lícita, no controle sobre derivações, na promoção e na difusão da própria cadeia econômica das comunidades na sua comercialização, e em princípios basilares como boa-fé e confiança na negociação com terceiros interessados nos usos autorizados. Em suma, a OMPI trabalha em duas frentes e perspectivas distintas, certas vezes antagônicas: a possibilidade de adaptação dos instrumentos convencionais da propriedade intelectual a expressões e conhecimentos tradicionais e a de criação de novos direitos intelectuais coletivos de grupos e comunidades tradicionais.

metrópoles ou pelos regimes autoritários que os governavam, mantinham certa desconfiança no seu papel de formação da diversidade desses grupos, pois representavam uma tradição contrária à modernização (CABRAL, 2011, p. 61-62).

Além disso, a Recomendação de Paris 1989, ainda que reconhecendo que a salvaguarda da cultura tradicional e popular é para e pelo grupo cuja identidade exprime, orientando os Estados a adotarem medidas de conservação, preservação, divulgação e difusão, insiste na propriedade intelectual como componente privilegiado da salvaguarda, e instrumento importante na proteção desses bens culturais imateriais, mencionando os esforços da OMPI e UNESCO e baseando-se no princípio jurídico da isonomia entre criações individuais e coletivas:

F.)

A cultura tradicional e popular, na medida que é constitutiva de manifestações de criatividade intelectual, individual ou coletiva, merece proteção análoga à que se confere às produções intelectuais. Tal proteção da cultura tradicional e popular revela-se como meio indispensável para o melhor desenvolvimento, perpetuação e difusão deste património, quer no país como no estrangeiro, sem prejuízo dos legítimos interesses nele implicados. Para além dos aspectos de ‘propriedade intelectual’ relativos à ‘proteção das expressões de folclore’, existem várias categorias de direitos que constituem já objeto de proteção e devem continuar a sê-lo futuramente nos centros de documentação e serviços de arquivo consagrados à cultura tradicional e popular. Para esse efeito, deveriam os Estados Membros:

a) No que respeita aos aspectos de ‘propriedade intelectual – apelar à atenção das autoridades competentes sobre os importantes trabalhos realizados pela UNESCO e pela OMPI no domínio da propriedade intelectual, reconhecendo simultaneamente que estes trabalhos se referem exclusivamente a um dos aspectos da proteção da cultura tradicional e popular e que se impõe a adopção urgente de medidas específicas para a salvaguarda da cultura tradicional e popular;

Na Assembleia Nacional Constituinte, marcada por intensa participação democrática, por meio dos movimentos sociais e entidades

representativas de diversas categorias, desde as audiências públicas na Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes, da Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, do projeto de redação do capítulo autônomo da cultura na Subcomissão de Sistematização até o Texto da redação final da Constituição de 1988 (LIMA et al., 2013, p. 343; ANDRÉS, 2009, p. 565-566), a cultura popular foi veículo e voz para a inclusão de segmentos populacionais invisibilizados e, ao mesmo tempo, alvo do olhar dos constituintes que cobravam, em seus discursos, a necessidade de políticas públicas para bens imateriais, dado seu papel na manutenção da identidade da diversidade cultural brasileira, chamando atenção para os reflexos que o desenvolvimento econômico ocasiona na continuidade de manifestações e expressões. Na ótica de Hermano Queiroz (2016, p. 64), ocorre aí uma desmaterialização da concepção do patrimônio *pedra e cal*.

Contudo, essa visão mais ampla de patrimônio cultural, que necessitava, por conseguinte, de outros mecanismos de proteção cuja enunciação exemplificativa está na natureza constitucional do § 1º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988, não previu a salvaguarda dos bens culturais intangíveis, através da propriedade intelectual ou de mecanismos análogos. No entanto, a norma é aberta, tanto no que se refere ao conteúdo formador do patrimônio, cujos limites encontram-se nos demais direitos fundamentais (humanos), quanto na amplitude dos mecanismos de proteção. Daí porque o fato de a propriedade intelectual, ou a tutela de direitos culturais coletivos análogos, não aparecerem no rol das formas de acautelamento e preservação, não significar que os diversos sujeitos coletivos de direitos culturais não possam utilizá-los como instrumentos de proteção e defesa de suas identidades culturais.

Se o tombamento, o inventário, e a desapropriação permaneciam, ainda, sob o signo saturado da tutela de bens materiais, o registro se apresentava como novidade. Ainda assim, não se sabia ao certo os seus contornos ou o que era ou poderia vir a ser. A noção vaga e imprecisa do texto constitucional apontava, por outro lado, a ideia de “perenização simbólica dos bens culturais [...] [que] dá-se por diferentes meios, os quais possibilitam as futuras gerações o conhecimento dos diversos estágios porque passou o bem cultural” (CUNHA FILHO, 2000, p. 126). Nesse sentido, a propriedade intelectual realmente não teria papel significativo.

De outro modo, conforme Hermano Queiroz (2016, p. 67), a presença do registro no texto constitucional não é obra do acaso. De acordo com registros históricos, participaram da assessoria de parlamentares da Subcomissão da Educação, Cultura e Esportes da ANC

um grupo de trabalho reunido para melhor identificar práticas bem sucedidas de proteção de bens culturais, do qual participaram arquitetos e advogados que integraram projeto legislativo baiano, em 1987, propondo a criação do “registro especial”, que, mais tarde, foi regulamentado pela Lei do Estado da Bahia nº 8.895, de 16 de dezembro de 2003, aplicado aos bens culturais de natureza imaterial⁸⁰.

Durante as comemorações do sexagenário do IPHAN, foi promovido Seminário em Fortaleza, em 1997, intitulado *Patrimônio Imaterial: Estratégias e Formas de Proteção*, no qual foram recuperados o histórico de ausência do imaterial na proteção do patrimônio cultural, o projeto visionário de Mário de Andrade, o conceito amplo de bem cultural de Aloisio Magalhães, as relações entre bens culturais e mercado, e a questão da propriedade intelectual coletiva e a inadequação dos instrumentos até então existentes para salvaguardar o PCI. Nesse fórum de debates, surgiu a Carta de Fortaleza, que impulsionou a regulamentação do Registro compreendido como um mecanismo efetivo de garantia do direito ao patrimônio cultural (imaterial).

2.5 A Carta de Fortaleza de 1997: direcionamentos para regulamentação do Registro

Não obstante a força normativa da Constituição de 1988, impelindo os órgãos estatais a dar maior efetividade ao comando de proteção do patrimônio cultural, de modo que comunidades tradicionais e diversos grupos pudessem ver concretizados seus direitos culturais, e a influência da Recomendação de Paris de 1989, a salvaguarda do PCI não atingiu direta e imediatamente a administração pública federal (DIANOVSKY, 2013, p. 6), em particular o IPHAN. Seus técnicos, após a promulgação da Constituição de 1988, ainda estavam presos à ótica preservacionista de bens materiais, sendo a mudança de orientação resultado de longo processo de amadurecimento das discussões ocorridas internamente à autarquia, de pressões políticas e sociais de detentores e praticantes de expressões e saberes-fazeres tradicionais e da efetivação de

⁸⁰ No Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial cujo trabalho deu origem ao Decreto do Registro, consta que, durante o Seminário de Fortaleza, tratado a seguir, a recomendação para criação do registro como instrumento legal fora apresentada pelo antropólogo baiano Ordep Serra, baseada na sua experiência como gestor cultural do Instituto do Patrimônio Artístico e Cultural da Bahia – IPAC/BA (IPHAN, 2000, p. 12).

políticas culturais decorrentes do aprimoramento do Registro. De acordo com Diana Dianovsky (2013, p. 5),

A partir de um debate promovido pela UNESCO, se passou a utilizar o termo ‘salvaguarda’ para a esfera imaterial do patrimônio cultural, em detrimento de preservação, pois este remontava a práticas fortemente vinculadas à garantia da manutenção do patrimônio ao longo do tempo de forma estática e igual, enquanto aquela abarcaria o incentivo à permanência do patrimônio de forma dinâmica e processual, incluindo também suas mudanças. Assim, todos os materiais institucionais sobre patrimônio cultural imaterial utilizam o termo “salvaguarda”. Sendo uma construção internacional, principalmente da UNESCO, ‘salvaguarda’ e todo o conjunto de vocabulários a ela relacionados só foi inserido no discurso do IPHAN a partir do início dos anos 2000, sendo seu uso fortalecido a partir da Convenção da UNESCO para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003. Todos os textos referentes à política brasileira ainda do fim do século XX se referem a ‘preservação’ e até mesmo ‘proteção’. De todo modo, é inegável que a prática do órgão é uma prática preservacionista (usando uma definição ampla e frouxa). Ainda que se faça a distinção política entre as diferentes formas de atuação (preservação/salvaguarda) com as diversas faces do patrimônio (material/imaterial), a ideia de preservação, de um órgão preservacionista faz parte do *ethos* dos técnicos do IPHAN.

A narrativa oficial do IPHAN, em geral, além das influências normativas retro mencionadas, considera a Carta de Fortaleza de 1997 como marco para regulamentação do Registro do PCI. Porém, fora um fato social acerca da inadequação do tombamento para proteção de bens imateriais que impeliu a urgência na organização do seminário que lhe deu origem, a fim de suprir a omissão legislativa do Poder Público.

Para interromper o registro de uma marca no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, um grupo de artesãos de comunidades tradicionais do Mato Grosso requereu o tombamento da viola-de-cocho,

em verdade, do seu modo de fazer⁸¹. No âmbito federal, o requerimento fora negado diante da justificativa do alcance jurídico limitado do tombamento. Por sua vez, iguais pedidos foram deferidos pelos Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul (IPHAN, 2009a, p. 71). Segundo Diana Dianovsky (2013, p. 27), após essa solicitação estratégica dos violeiros, o Departamento de Identificação e Documentação – DID do IPHAN começou a receber consultas sobre a possibilidade do tombamento de manifestações populares ou, até mesmo, de seus executores, como no questionamento acerca do tombo da Banda Cabaçal dos Irmãos Aniceto do Crato, no Ceará.

Dessa maneira, o IPHAN se viu impelido a dar atenção à seara do patrimônio cultural imaterial, muito mais por uma demanda coletiva de estratégia de pedido de apoio à autarquia contra a apropriação indevida de um saber por mecanismo individual da propriedade intelectual, do que por exigência legal ou pela compreensão de que a entidade não poderia se omitir diante do dever de tutela.

De todo modo, o Seminário de Fortaleza considerou os fatos acima, em seu produto final, e a crescente demanda, em nível nacional, por reconhecimento de diversos tipos de patrimônio cultural, encaminhada pelos segmentos sociais e pelo próprio Poder Público (IPHAN, 2000 p. 33). Essa complexidade reclamava novos instrumentos legais que cumprissem a teleologia constitucional do artigo 216. Assim, o plenário do encontro reconheceu que, além de integrarem o patrimônio cultural, os bens de natureza imaterial deveriam ser objeto de proteção específica. Recorrendo novamente aos conhecimentos técnicos de especialistas, a Carta recomendou o aprofundamento de estudos e pesquisas acerca do PCI e a instituição de Grupo de Trabalho para pensar e propor a criação de um instrumento legal para o Registro. Nos termos da Carta de Fortaleza de 1997,

O plenário, considerando:

1. a crescente demanda social pelo reconhecimento e preservação do amplo e diversificado patrimônio cultural brasileiro, encaminhada pelos poderes públicos e pelos segmentos sociais organizados;

[...]

⁸¹ Após a edição do Decreto do Registro do PCI, o modo de saber-fazer a viola-de-cocho foi registrado como bem imaterial brasileiro em 2005. A reivindicação dos detentores do *savoir-faire* e as consequências de sua mobilização serão mais bem esmiuçadas em capítulo posterior dedicado à análise dos processos administrativos pesquisados nesta tese.

3. que o patrimônio cultural brasileiro é constituído por bens de natureza material e imaterial conforme determina a Constituição Federal;
4. que os bens de natureza imaterial devem ser objeto de proteção específica;
5. que os institutos de proteção legal em vigor no âmbito federal não se têm mostrado adequados à proteção do patrimônio cultural de natureza imaterial.

Propõe e recomenda:

[...]

4. que seja criado um grupo de trabalho no Ministério da Cultura, sob a coordenação do Iphan, com a participação de suas entidades vinculadas e de eventuais colaboradores externos, com o objetivo de desenvolver os estudos necessários para propor a edição de instrumento legal, dispondo sobre a criação do instituto jurídico denominado **registro**, voltado especificamente para a preservação dos bens culturais de natureza imaterial;
5. que o grupo de trabalho estabeleça as necessárias interfaces para que sejam estudadas medidas voltadas para a promoção e fomento dessas manifestações culturais, entendidas como iniciativas complementares indispensáveis à proteção legal propiciada pelo instituto do registro. Essas medidas serão formuladas tendo em vista as especificidades das diferentes manifestações culturais, e com a participação de outros agentes do poder público e da sociedade.

Ao contrário da gênese do patrimônio cultural, no qual intelectuais modernistas construíram seu conceito sem pressão de segmentos sociais, a burocracia do IPHAN, permeada já nesse período com especialistas das ciências sociais, apesar de trabalhar em torno da agenda do mecanismo do Registro e das políticas culturais para o imaterial através das instâncias da administração pública da cultura, sofreu pressões oriundas das demandas de reconhecimento de povos indígenas, comunidades tradicionais e grupos sociais heterogêneos, que cobravam da autarquia providências e intervenções contra apropriações indevidas em seus bens culturais. No mundo, essas reivindicações à época tinham o vértice crescente para diluições das identidades nacionais (DIANOVSKY, 2013, p. 55) firmadas a partir das grandes narrativas e a afirmação da diversidade cultural no interior dos países (HALL, 2015, p. 28-39).

As ausências do imaterial na sociogenese da proteção jurídica do patrimônio cultural imaterial e os antecedentes que redundaram no

conceito inserto na Constituição de 1988, bem como na disposição de mecanismos de tutela, foram retomados pelo Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial – GTPI, criado pelo Ministério da Cultura a partir da recomendação da Carta de Fortaleza de 1997. Em sua formulação, tem-se o debate sobre os efeitos jurídicos do Registro, sem o qual não se pode compreender sem entender o funcionamento do Decreto Federal nº 3.551/2000, a política de salvaguarda do PCI, a superveniência da Convenção de Salvaguarda do PCI de 2003 e os usos que detentores de saberes/fazeres e expressões registradas fizeram dos bens imateriais brasileiros assim declarados. Por essas razões, dedicar-se-á o próximo capítulo à formação e análise do Registro do PCI, bem como a seu procedimentos, requisitos, princípios e efeitos.

3 O REGISTRO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL

“Você não sente nem vê
 Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
 Que uma nova mudança em breve vai acontecer
 E o que há algum tempo era novo jovem
 Hoje é antigo, e precisamos todos rejuvenescer
 [...]

No presente a mente, o corpo é diferente
 E o passado é uma roupa que não nos serve mais”.
 (Velha Roupa Colorida – Belchior)

É imprescindível, além dos antecedentes, compreender as características, as etapas e o processo de declaração de um bem imaterial como patrimônio cultural brasileiro, enunciados pelo Decreto nº 3.551/2000 e por suas normas complementares e auxiliares, sem os quais não é possível delinear seus efeitos, tampouco entender seu funcionamento.

Apesar de a previsão normativa se circunscrever a efeitos limitados, a prática administrativa, baseada na reivindicação de direitos dos detentores de modos de saber-fazer e das formas de expressão tradicionais consagradas como patrimônio intangível junto ao IPHAN, diante de conflitos com terceiros alheios, em geral, à tutela jurídica de proteção de bens culturais, tem ampliado extensivamente sua eficácia, atingindo esferas de efetividade que foram expressamente excluídas a princípio do Registro, tal qual o reconhecimento de direitos intelectuais coletivos.

Diante disso, o objetivo do presente capítulo é, a partir dos elementos essenciais delineadores da criação do Registro do PCI pela Comissão e pelo GTPI, que o pensaram e formaram, identificar a eficácia da figura normativa que lhe dá suporte, bem como, através dos procedimentos formais e requisitos exigidos pelo processo administrativo do mecanismo, fixar seus princípios e descortinar seus efeitos imediatos e mediatos.

3.1 A Comissão e o Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial e a formatação do Decreto nº 3.551/2000

Ainda no contexto da comemoração dos 60 anos do IPHAN, após o Seminário de Fortaleza, em mensagem ao Conselho Consultivo, o então

Ministro da Cultura, o cientista político Francisco Weffort, enfatizou o papel institucional da autarquia na identificação dos bens referenciais para os grupos formadores da sociedade brasileira. Nesse sentido, concluiu, frente às observações da Carta de 1997, que havia lacunas a serem preenchidas, pois, em crítica, julgou que o retrato do universo cultural protegido pelo IPHAN retratava uma “nação quase que exclusivamente branca, luso-brasileira, católica, em que mesmo nossas raízes indígenas e africanas praticamente não deixaram rastros” (IPHAN, 2000, p. 39). Era necessário, portanto, “reconhecer como patrimônio também os testemunhos histórica e culturalmente significativos de outras de nossas heranças culturais” (IPHAN, 2000, p. 39).

Sem menosprezar a *fase heroica* do IPHAN, o Ministro depreendeu do Seminário a tentativa de recuperar os antecedentes da concepção de bem cultural de Aloisio Magalhães e do anteprojeto de Mário de Andrade. Em sua ótica, essas noções ampliadas de patrimônio deram início a “uma política pública voltada para a proteção do que hoje a linguagem jurídica denomina de interesses difusos, que são valores que pertencem à coletividade, inapropriáveis individualmente” (IPHAN, 2000, p. 49). Meses depois, em consonância com as recomendações da Carta de Fortaleza, o Ministério da Cultura imbuuiu Comissão e Grupo de Trabalho com a missão de dar forma jurídica a mecanismo adequado de salvaguarda do PCI.

O Ministro instituiu, por meio da Portaria MinC nº 37, de 4 de março de 1998, Comissão com a finalidade de “elaborar proposta de critérios, normas e formas de acautelamento do PCI” (IPHAN, 2000, p. 45), auxiliada por um Grupo de Trabalho. Integraram a Comissão quatro dos membros do Conselho Consultivo do Patrimônio; o poeta Marcos Vinícios Vilaça e o escritor Eduardo Mattos Portella, ambos com formação jurídica, o primeiro era Ministro do Tribunal de Contas da União, e o segundo Presidente da Fundação Biblioteca Nacional; o jurista Joaquim Falcão, e o fotógrafo Thomas Farkas. O Grupo de Trabalho foi coordenado pela arquiteta e urbanista Márcia Sant’Anna, e integrado inicialmente por Célia Corsino, diretora do Departamento de Identificação e Documentação do IPHAN à época, pela socióloga Maria Cecília Londres Fonseca, pertencente à Secretaria de Patrimônio, Museus e Artes Plásticas do Ministério, a socióloga Ana Maria Lopes Roland, assessora da Presidência do IPHAN, e Cláudia Márcia Ferreira, antiga coordenadora do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular.

De acordo com Diana Dianovsky (2013, p. 43), a justificativa primordial para que os membros da Comissão fossem integrantes do Conselho Consultivo do IPHAN era o conhecimento dos procedimentos,

do funcionamento, e da aplicação dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural até então existentes, mas cuja proeminência era do tombamento. Além disso, uma nova política, ancorada em novo instrumento, necessariamente envolveria o órgão colegiado e, somente através dele, chamaria a atenção do Ministério e do próprio IPHAN para sua implementação.

Enquanto a estrutura da Comissão nunca se alterou, nos quase dois anos de seu funcionamento, foram acrescentadas ao GTPI, com a saída de Ana Maria Lopes Roland, a historiadora Ana Cláudia Lima e Alves e a antropóloga Ana Gita de Oliveira, ambas servidoras do IPHAN, através da Portaria nº 229, de 06 de julho de 1998, e o filósofo Sydney Sergio Fernandes Sollis, por meio da Portaria nº 485, de 11 de dezembro de 1998 (IPHAN, 2000, p. 47-49). Ainda que tenham vindo integrá-la posteriormente, os três já acompanhavam as reuniões do GTPI e da Comissão⁸².

Inicialmente, o funcionamento da Comissão e do GTPI estava previsto para terminar após 60 dias do início da vigência da primeira portaria, quando seria apresentada uma proposta ao Ministro da Cultura. No entanto, a complexidade dos debates acerca do conteúdo material do Decreto, sobre os procedimentos do novo instrumento, bem como sobre as bases de uma política voltada, eminentemente, ao patrimônio imaterial, fez com que as portarias seguintes prorrogassem em 90 e 360 dias, sucessivamente, os seus trabalhos. Além disso, apesar da divisão de trabalho inicial ter se dado de acordo com a *expertise* de seus membros e da dinâmica de reuniões, – já que também não havia, na portaria, competências distribuídas entre as duas unidades –, até bem pouco antes da elaboração da versão final do decreto, os trabalhos do GTPI receberam inúmeras contribuições de técnicos das superintendências do IPHAN, do CNFCP, especialistas da área do patrimônio, cientistas sociais, antropólogos, da procuradoria-federal junto ao IPHAN, dentre outros.

⁸² A íntegra do teor das portarias do Ministério da Cultura nº 37, 229 e 485 de 1998 foi publicada, juntamente com a memória das principais atas das reuniões da Comissão e do GTPI, no material institucional do IPHAN (2000) *Patrimônio Imaterial – O registro do Patrimônio Imaterial – Dossiê final das atividades da comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial*. Utilizou-se a primeira edição do livro para análise das discussões, mas a publicação recebeu outras edições. A totalidade das atas está no arquivo da Coordenação-Geral de Pesquisa e Documentação – COPEDOC do IPHAN, sob o registro DID/Série GTPI/Dossiês M652 e M653.

Ao todo se realizaram quatorze reuniões, doze do GTPI e duas da Comissão, entre a vigência da Portaria nº 37/98 e o mês de agosto de 1999. Em princípio, é difícil identificar uma separação rígida entre ambas, pois a Comissão acompanhou e participou de todo o trabalho do GTPI. Podem-se classificar os momentos de empreendimento das tarefas das duas unidades em⁸³: 1) discursivo-analítico, no qual, com base em

⁸³ Diana Dianovsky (2013, p. 42) apresenta outra classificação: a primeira em *exaustiva e técnica*, e a segunda em *político e decisória*. Embora se concorde com o caráter técnico das discussões do Grupo e da Comissão, algumas questões como a dos efeitos do Registro, apesar de ter sido vencedora e empregada, durante muito tempo, a tese de que ele seria apenas declaratório e sua finalidade precipua a de reconhecimento, a prática da política de salvaguarda desenvolveu-se a partir de aspectos constitutivos levantados pelas comunidades e grupos tradicionais na reivindicação de direitos que não foram completamente exauridos e debatidos no âmbito e ao fim das tarefas do GTPI, como a propriedade intelectual coletiva. Embora a escolha política aparentemente tenha sido em uma direção, não anulou ou afastou a possibilidade de uso do Registro do PCI para reconhecimento de direitos, já avançada desde a 1ª reunião do GTPI, em março de 1998 (IPHAN, 2000, p. 117-121). Faz-se essa advertência para confrontar qualquer interpretação originalista do Decreto segundo a qual os efeitos se restringiriam à vontade de seus “pais fundadores”. Isso porque os “pais fundadores” do Registro do PCI eram heterogêneos, pensavam de maneira distinta acerca dos seus efeitos, ainda que o Poder Executivo tenha politicamente adotado o direcionamento do mecanismo como ato declaratório somente. De outra forma, o texto normativo do Decreto nada diz sobre a impossibilidade de reconhecimento de direitos, não contém normas limitadoras, restritivas, apenas explicita efeitos imediatos. Lembra-se que o Registro existe em função de dar máxima concretização ao direito fundamental ao patrimônio cultural imaterial. Ainda assim, ele não pode ser interpretado isoladamente, desconsiderando normas com o *status de supralegalidade*, de acordo com a teoria adotada pelo STF, e materialmente constitucionais, conforme definido *a priori* no primeiro capítulo, tais quais a Convenção 169 da OIT, a Convenção da Salvaguarda do PCI e a Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade, que protegem a dimensão coletiva dos direitos culturais. De qualquer forma, a política de salvaguarda operou, por meio da expectativa e prática dos detentores de expressões e conhecimentos tradicionais diante do Registro, uma mutação interpretativa no alcance do instrumento, como se verá na análise dos processos administrativos dos bens imateriais registrados.

documentos de referência, discutiram preliminarmente questões operacionais de funcionamento das reuniões, recursos financeiros e humanos de apoio, pesquisa acerca do estado da arte da proteção do patrimônio cultural imaterial no Brasil e no mundo⁸⁴, as categorias de bens que o compunham, propostas de instrumentos adequados a essa realidade, limites e competências estatais, e a reformulação da estrutura administrativa do IPHAN para atender ao novo mecanismo e à adoção do conceito de PCI do artigo 216 da Constituição Federal de 1988 como ponto de partida; e 2) político, no qual, após o afunilamento sobre as características básicas do novo instrumento, isto é, o conteúdo material e formal do mecanismo, decidiu-se acerca do tipo normativo que o ampararia, sua finalidade, o objeto da proteção, os procedimentos legais e as competências do IPHAN e do Conselho Consultivo, os legitimados para requererem a atuação estatal e seus efeitos. Em quaisquer dos pontos da fase política, as divergências frequentes surgidas entre a Comissão e o Grupo de Trabalho foram consensuadas após intensas negociações (DIANOVSKY, 2013, p. 43).

Percebe-se que, em termos de definição do objeto do Registro, a Comissão e o GTPI guiavam-se pela Recomendação da UNESCO de 1989 e pelo Programa *Tesouros Vivos da Humanidade* de 1993⁸⁵

⁸⁴ A abordagem dos documentos de referência que subsidiaram os debates do GTPI e da Comissão é análoga à análise do histórico das experiências brasileiras e das propostas e regulamentos internacionais para a proteção do PCI constantes no segundo capítulo e no conceito de referência cultural desenvolvido no primeiro.

⁸⁵ Os tesouros vivos ou, como popularmente conhecidos no Brasil, mestres da cultura popular, são pessoas individualmente consideradas, coletividades ou grupos, assim tituladas e reconhecidas pelo Estado e pela sociedade, por serem publicamente notórias detentoras de saberes, práticas, conhecimentos, técnicas e atividades culturais tradicionais, cujas memórias são indispensáveis nas suas transmissões entre gerações (COSTA, 2012, p. 95). O seu reconhecimento tem destacado papel na efetivação do princípio constitucional dos direitos culturais do respeito à memória coletiva, bem como cumpre função na salvaguarda do patrimônio imaterial de manter a solidariedade intergeracional no fluxo informal de saberes entre elas (COSTA, 2016, p. 404). A UNESCO adotou o programa *Living Human Treasures* com base na experiência de países asiáticos, como a Coreia e o Japão, que, desde a década de 1950, possuíam legislação estatal que concedia este título a pessoas ainda vivas ou grupos que representassem os valores

imateriais de suas culturas nacionais (ABREU, 2009b, p. 85). Tailândia, Filipinas, França e República Tcheca têm leis semelhantes (COSTA, 2011; 2016). Em geral, além do título, concede-se auxílio financeiro empregado na subsistência dessas pessoas ou grupos e/ou na transmissão dos saberes imateriais dos quais são depositários. No Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (IPHAN, 2000, p. 14), justificou-se a exclusão da titulação dos tesouros vivos, pois tinham como suficiente a previsão de um programa de financiamento da identificação e continuidade dos bens registrados. Isso fez com que, no âmbito federal, até hoje, inexistissem normas direcionadas ao reconhecimento dos tesouros vivos. Ao contrário, Estados como o do Ceará, Minas Gerais, Pernambuco, Alagoas e Bahia promulgaram leis e/ou decretos incluindo a titulação do patrimônio vivo como um dos elementos primordiais da política de salvaguarda. Uma das provas maiores que a ausência de previsão do reconhecimento desses mestres da cultura no Decreto nº 3.551/2000 não significa ou representa a impossibilidade de proceder a essa titulação, é que, desde 2008, com o registro da capoeira como expressão cultural imaterial brasileira, ocorreu o denominado *duplo registro* com a salvaguarda do ofício dos mestres de roda no Livro dos Saberes (QUEIROZ, 2016, p. 156). Tem-se aqui uma saída de um *efeito implícito* da prática do Registro para suprir ausências da sua norma regulamentar, utilizando-se, nesse caso, das previsões nele contidas, afinal não há saberes e expressões tradicionais sem pessoas, nem bens imateriais referentes sem associação imediata de prática ou conhecimento a indivíduos ou grupos que os experimentem, vivam, apliquem ou pratiquem. Este raciocínio do registro conjunto dos responsáveis pela transmissão ofício e do saber ou expressão aplicou-se também registro do ofício de sineiro e da expressão do toque dos sinos. O mesmo poderia valer para o saber-fazer da viola-de-cocho e o ofício dos violeiros, o ofício das baianas de acarajé, o ofício das panelleiras de Goiabeiras, do modo de fazer renda irlandesa, do modo artesanal de fazer queijo de Minas e os modos de fazer do sistema agrícola tradicional presente no Rio Negro. Há dupla titulação dos saberes e práticas relativos à boneca karajá e da expressão cosmológica do Povo Karajá, contudo sem referência a *mestres(as) ou tesouros vivos*. O Ministério da Cultura, na contramão da orientação inicial da elaboração do Registro do PCI, apoiou a transmissão de saberes via Mestres da Cultura financiando projetos culturais, através do programa Cultura Viva e da ação Griô (CAVALCANTI, 2008, p. 27-28). No Congresso Nacional, há dois projetos de lei, o de nº 1.786/2011 (Lei Griô) e o de nº 1.176/2011, que objetivam instituir o reconhecimento nacional dos tesouros vivos da cultura.

(UNESCO, 1993), além da Constituição de 1988 e pela constatação da insuficiência da aplicação do tombamento para algumas tipologias de bens culturais. Outra atenção em voga, influência dos trabalhos da UNESCO e da OMPI, era o registro da cultura popular em termos de propriedade intelectual, contra a comercialização indiscriminada de seus objetos tradicionais, a apropriação indevida por indústrias e o controle de comunidades tradicionais sobre os usos que fazem de suas expressões, assim como a necessidade da garantia do direito à informação tanto dos detentores quanto dos terceiros interessados em acessá-los (IPHAN, 2000, p. 97).

Em um dos materiais de referência da fase discursivo-analítica dos antecedentes do patrimônio imaterial, o GTPI fez a crítica de que debates sobre propriedade intelectual de processos culturais coletivos, e a instituição de selos em produtos advindos de saberes reconhecidos como de valor cultural, já faziam parte do CNRC e da Fundação Nacional Pró-Memória, mas o IPHAN nunca os introjetou na sua política. Na 1ª Reunião do GTPI (16/03/1998), uma das tarefas apontadas para subsidiá-lo foi solicitar à UNESCO material relativo ao direito de autor e à propriedade intelectual (IPHAN, 2000, p. 118).

As dúvidas sobre a adequação dos direitos autorais no regime do novo instrumento de salvaguarda do PCI, fizeram com que a 2ª Reunião do Grupo (07/04/99) contasse com a presença do Coordenador de Direito Autoral do MinC à época, o autoralista Otávio Afonso, que, concretamente, entendia que a legislação existente implicava na individualidade do criador, portanto qualquer hipótese de proteção coletiva teria de advir de alteração ou adaptação parlamentar da Lei nº 9.610/98, na época recentemente aprovada. Objetou igualmente que a proteção à obra intelectual é concedida por um prazo, *in casu*, 70 anos após a morte do autor, o que não é adequado a expressões tradicionais que não se sabe precisar autoria, tampouco a data precisa de sua origem, sugerindo que o GTPI pensasse em uma espécie de domínio público pagante⁸⁶, como havia na Argentina e na lei brasileira anterior

⁸⁶ Na fase decisória sobre o conteúdo final do Decreto do Registro, o Superintendente do IPHAN em Mato Grosso, Claudio Quoos Conte, enviou missiva ao GTPI (29/03/99), sugerindo: “Quanto ao direito autoral, que seja garantido o seu domínio público ou da comunidade a qual pertença. Em Mato Grosso, temo exemplo concreto neste sentido. A viola de cocho é um instrumento musical tradicional da região. Há poucos anos, pesquisador ligado à Universidade Federal de MT registrou a marca “Viola de Cocho”.

5.988/1973, mas com a advertência de que parecia pouco provável que a indústria fonográfica deixasse aprovar dispositivos dessa natureza.

Curioso é que esta conclusão consta no documento de referência do GTPI sobre propostas, experiências e regulamentos internacionais sobre proteção do PCI (30/04/98). Apontava-se a insuficiência dos direitos autorais em razão da natureza coletiva de expressões culturais tradicionais e das próprias características dos exclusivos conferidos pela legislação autoral, cujas finalidades e natureza não foram pensadas para essa realidade, e sim para o indivíduo-autor. Além disso, equivocadamente, o GTPI afirmou que as criações teriam de estar fixadas em suporte tangível, quando a legislação autoral concede a proteção às obras publicizadas em quaisquer suportes (IPHAN, 2000, p. 97). Entretanto, o domínio público pagante aparecia como alternativa, na qual se equilibrariam a continuidade cultural das criações derivadas da cultura popular e o uso, sobre o qual recairia uma espécie de pagamento, que seria destinado a um fundo, por sua vez destinado à promoção e salvaguarda dessas expressões, sendo destacada a desvantagem de que essa medida pouca valia teria se os abusos fossem cometidos fora do território nacional por ausência de uma estrutura internacional capaz de exigir sua aplicação (*enforcement*) (IPHAN, 2000, p. 97-98).

Igualmente, à época, discutia-se no Congresso projeto de lei que regulamentava o acesso a recursos genéticos associados a conhecimentos tradicionais. No entanto, o Poder Executivo antecipou-se ao Legislativo e editou a Medida Provisória nº 2.186-16, regulamentando a Convenção da Diversidade Biológica no que concerne ao patrimônio genético vinculado a conhecimentos tradicionais, à repartição justa e equitativa dos benefícios de sua exploração e à transferência de tecnologia para seu uso e conservação, apenas no ano da edição do Decreto do Registro do PCI. Embora este debate estivesse presente no GTPI, o recorte do instrumento legal de salvaguarda centrava-se em uma visão do bem imaterial um pouco mais ampla, com a finalidade de seu reconhecimento, continuidade de sua memória e difusão, e não necessariamente vinculado à biodiversidade.

No entanto, o GTPI nunca se distanciou dessa discussão, pois tinha a compreensão que os conhecimentos tradicionais, associados ou não, integram a tipologia dos bens imateriais que estariam na proposta

Registro de marca não é o mesmo que direito autoral, mas não deixa de ser apropriação privada de bem coletivo. Na época fomos consultados sobre isso e infelizmente colocamos que não havia nenhuma legislação para este tipo de patrimônio” (IPHAN, 2000, p. 193).

normativa do novo instrumento, tal qual ficou ratificado na 5ª reunião (24-25/09/98). A antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, convidada pelo Grupo, chegou a apresentar nessa reunião a tese na qual os conhecimentos tradicionais e seus produtos derivados necessitavam de uma proteção legal enquanto direitos culturais coletivos (IPHAN, 2000, p. 35). Membros do GTPI vinculados ao Ministério da Cultura chegaram a integrar o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual para discutir os projetos de lei referidos e a participar de consulta da OMPI sobre a elaboração de uma proposta internacional de regulamentação da propriedade intelectual coletiva, conforme se percebe da memória da 12ª reunião (06/07/99) (IPHAN, 2000, p. 153)⁸⁷.

Essa discussão sobre a propriedade intelectual coletiva vai permear, até o final dos trabalhos do GTPI e da Comissão, o questionamento de quais seriam os efeitos jurídicos desse novo instrumento. Porém, a Comissão defendia que não era hora de se ater a proteção de tecnologias patrimoniais ou dos produtos de processos culturais, como acentuou Joaquim Falcão, na 1ª Reunião do GTPI (IPHAN, 2000, p. 121), já propondo um instrumento cuja teleologia fosse o reconhecimento, o monitoramento e a divulgação desses bens imateriais, inclusive espaços culturais e celebrações festivas, não apenas expressões e conhecimentos tradicionais, sem quaisquer efeitos sobre o direito de propriedade. Era praticamente consenso entre a Comissão e o GTPI que o mecanismo não poderia produzir efeitos análogos ao do tombamento, principalmente obrigações a proprietários, terceiros e ao Estado, através de fiscalização e sanções mais ostensivas. Joaquim Falcão voltou a ratificar este posicionamento na 1ª Reunião da Comissão (04/03/98) na qual considerou que os efeitos prioritários do novo mecanismo deveriam ser identificação e apoio, afastando por completo a hipótese de garantia de direitos de propriedade intelectual. Consta no Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial⁸⁸ (IPHAN, 2000, p. 15):

Este foi um dos debates mais longos no âmbito da Comissão e do Grupo de Trabalho. Durante muito

⁸⁷ Este assunto era tão importante para o GTPI que, em reunião de encerramento para os encaminhamentos das decisões sobre o Registro (19/08/99), decidiu-se manter a participação nesse Grupo Interministerial para acompanhamento das discussões sobre disciplinamento da propriedade intelectual coletiva (IPHAN, 2000, p. 155).

⁸⁸ Coube à coordenadora do GTPI, Márcia Sant'Anna, a relatoria das atividades do grupo.

tempo se discutiu a possibilidade de incluir na proposta de instrumento legal para a preservação do patrimônio imaterial disposições relativas à proteção da propriedade intelectual. Cogitou-se, inclusive, a possibilidade de que o reconhecimento do saber tradicional como patrimônio cultural do Brasil ensejasse o registro de sua patente no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Concluiu-se, contudo, que, diante do atual estágio da discussão internacional e da necessidade de maior aprofundamento do tema junto a outras instâncias governamentais, seria precipitado e inadequado dispor sobre o assunto no momento. Avaliou-se que seria mais importante iniciar um trabalho de identificação, inventário, registro e reconhecimento do patrimônio imaterial de relevância nacional, para, num segundo momento, se estabelecer dispositivos de proteção para equacionar questões específicas que o uso e a comercialização desses produtos envolve.

Porém, omite-se que, dentre as dez versões do Decreto, desde a primeira, quase ao final de 1998, havia a previsão de que o Registro teria por efeitos a proteção de uma propriedade intelectual coletiva⁸⁹. Por outro lado, não se sabe precisar quando houve o abandono dessas disposições (DIANOVSKY, 2013, p. 53)⁹⁰.

Antes, contudo, apesar de a Carta de Fortaleza de 1997 já haver recomendado a instituição do instrumento denominado Registro, o GTPI discutiu documento de referência de autoria dos servidores Sydney Solis e Gilson Antunes (IPHAN, 2000, p. 73-78), que descreviam a preservação das dinâmicas culturais sob quatro fases - conhecimento, reconhecimento, preservação e promoção -, nas quais os inventários seriam usados como instrumentos legais preliminares de identificação. O reconhecimento do bem cultural adviria apenas com a proteção legal de registro

⁸⁹ As previsões constantes nessas minutas serão pormenorizadas no tópico sobre os efeitos imediatos do Registro.

⁹⁰ Em uma das últimas contribuições analíticas ao GTPI, a missiva do antropólogo Antônio Augusto Arantes (IPHAN, 2000, p. 165) insistia para que a minuta do Decreto não de “reconhecer a propriedade intelectual dessas práticas, tecnologias e informações como direito dos seus praticantes e/ou criadores”.

administrativo, posterior ao inventário. Este processo seria instruído a partir de uma base de informações de referência sobre os bens e os classificaria de acordo com o seu referenciamento simbólico em livros (modos de fazer, produtos, usos e costumes socialmente significativos), semelhante ao tombamento. Sua natureza estaria determinada pela própria categoria de bens imateriais a preservar, pois o tombamento não era adequado por cristalizar a dinâmica dos processos culturais. Após o registro, a preservação dos processos limitar-se-ia ao seu acompanhamento e controle de qualidade, sendo possível a emissão de um selo de ateste qualitativo, e à promoção dos bens (para eles revitalização).

Durante a 1ª reunião (IPHAN, 2000, p. 119), Sydney Solis sugeriu novamente a adoção do inventário. Dessa vez, fica claro que a proposta contida no documento de referência espelhava-se no *classement* francês, no qual o inventário⁹¹ é instrumento de identificação preliminar, em que os bens são submetidos a uma proteção mais geral e ampla, mas apenas os considerados excepcionais ou de interesse nacional são objeto da classificação estatal, por meio do Registro, em um dos dois livros propostos, “Processos” ou “Produtos”. Assim, registrados, receberiam um selo de qualidade.

Dessa proposta, permaneceu a síntese de Célia Corsino que, na fase de identificação dos bens, sugeriu que o Poder Público, por portaria, fosse obrigado a constituir um dossiê contendo informações acerca do bem registrado (IPHAN, 2000, p. 119).

Ao fim, prevaleceu a figura do registro. Todavia, assim como constata Mário Pragmácio (2010, p. 60), não se pode imaginar que o Registro do PCI, do decreto nº 3.551/2000, seja o único mecanismo ou forma de acautelamento do patrimônio que regulamenta diretamente o *gênero* registros, constante no § 1º do artigo 216 da Constituição Federal de 1988. O registro de bens de natureza imaterial é uma das espécies previstas constitucionalmente. A Constituição de 1988 é genérica quanto às modalidades de instrumentos de proteção de bens culturais, tanto assim que abre espaço para existência de inúmeras formas na expressão *outras formas de acautelamento e preservação*, não contidas no rol exemplificativo do artigo 216.

Faz-se essa advertência porque, na sua configuração, eram frequentes os questionamentos dos responsáveis pela política de preservação do IPHAN se o Registro do PCI não iria se confundir com o

⁹¹ Os efeitos jurídicos do inventário serão apresentados no tópico referente aos princípios do Registro.

registro do *Cadastro Nacional de Monumentos Arqueológicos*, da Lei nº 3.924/61, tal qual levantado em parecer opinativo do historiador e servidor da autarquia Marcus Tadeu Ribeiro, que contribuiu com os trabalhos finais do GTPI (IPHAN, 2000, p. 180). Apesar disso, tem-se que são espécies distintas do gênero constitucional *registros* que possuem objetos de proteção e efeitos distintos.

Concomitantemente, a discussão sobre a adoção do Registro do PCI, já na 2ª Reunião do GTPI (07/04/98), tinha-se por certo quanto à questão conceitual de quais bens seriam registrados como imateriais, classificados em livros de acordo com as relações entre tempo de realização/ocorrência e espaços (IPHAN, 2000, p. 127). Documento de referência posterior à 2ª Reunião (IPHAN, 2000, p. 89) densifica a distribuição das categorias que mais tarde se converteriam em alguns dos livros do Registro:

1. os saberes e modos de fazer tradicionais, enraizados no cotidiano das comunidades;
2. as festas, celebrações e folguedos, que pontuam a vivência do trabalho, da religiosidade e do entretenimento;
3. Os espaços culturais onde se concentram e se reproduzem práticas populares tradicionais.

Posteriormente, incluiu-se o Livro de Expressões e a possibilidade de abertura de novos livros. Esta homologia era vista como necessidade desde a 2ª Reunião do GTPI (IPHAN, 2000, p. 125). A similitude com o DL nº 25/37 não ficou apenas aí. Por questões de economia processual e infraestruturais, foi excluída a ideia inicial de criação de um novo órgão junto ao IPHAN para decisão acerca do Registro. Privilegiou-se a experiência e a trajetória do Conselho Consultivo com o tombamento, cabendo ao IPHAN a atuação proeminente na fase instrutória do processo e na execução da política de salvaguarda dos bens imateriais. Na Carta da Comissão (VILAÇA et. al., 1999, p. 73) que encaminhou a versão final do Registro ao Ministro da Cultura, enfatiza-se a competência decisória e regulamentadora do Conselho quanto ao processo do novo mecanismo. O órgão colegiado teria função decisória e a autarquia função executiva.

A decisão de não criar uma estrutura dentro do Iphan apenas para avaliar os processos de registro do bem cultural imaterial, mas sim atribuir ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural essa responsabilidade, teve como fundamento a valorização e o prestígio do Conselho Consultivo, dando-lhe a competência decisória e a

regulamentadora deixando para o DPI a função executiva dos procedimentos de registro (CORÁ, 2014, p. 165).

Os bens registrados, em face de seu caráter dinâmico e processual, passariam, após dez anos, por uma reavaliação. De início, essa competência seria do IPHAN, de acordo com o decidido na 9ª Reunião do GTPI (IPHAN, 2000, p. 145), porém, pelo princípio da simetria e do paralelismo das formas não haveria sentido a mudança do foro decisório do Conselho para o IPHAN. Então, a logística da revalidação do bem obedeceu, ao final, o trâmite regular correspondente ao próprio registro no que se refere à distribuição de competências entre os dois principais atores da instância administrativa. De acordo com o Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (IPHAN, 2000, p. 17),

A tramitação do processo de registro, análoga à do tombamento, tem início a partir da instauração de processo administrativo para reunião de documentação e avaliação da relevância cultural do bem, remetendo-se à decisão final a instância superior - no caso, o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. A novidade com relação ao tombamento é o trabalho de parceria que necessariamente será realizado durante a instrução desse processo. Coordenada pelo Iphan, ao qual caberá também o pronunciamento técnico sobre as propostas, a instrução será feita em parceria com outras instituições públicas e privadas, buscando sempre aproveitar o conhecimento já produzido e acumulado sobre essas manifestações culturais.

Mas, afinal, definidos os livros com a categoria dos bens imateriais e minimamente o procedimento, para quem este patrimônio cultural seria referência? As definições dos bens nas primeiras versões acompanhavam outras como a de comunidade cultural. Na 7ª Reunião do GTPI (26/03/99), tem-se em maior conta a opinião dos colaboradores. Algumas críticas foram levantadas ao conceito de comunidade cultural como grupos sociais que se circunscreviam culturalmente (IPHAN, 2000, p. 140). A sugestão em parecer do historiador Marcus Tadeu Ribeiro era de que a adoção do adjetivo *cultural* era desnecessária:

[...] a expressão ‘comunidade cultural’ parece-me redundante, pois que não se pode vislumbrar uma ‘comunidade’ de seres humanos que não seja

‘cultural’. A cultura é exatamente o fator *comum* que se encontra na base da coesão dos agrupamentos humanos pelo viés de sua identidade coletiva, conferindo, ao todo nexos particularizantes de vinculação entre seus componentes. Quando não há a cultura como liame de coesão e identidade coletivas não creio que se possa chamar um grupamento humano de ‘comunidade’. A palavra ‘comunidade’ deriva de ‘*communitas*’, vocábulo latino que expressa uma ‘conformidade’ e uma ‘relação comum’. ‘Comum’ provém do latim ‘*communis*’ ou seja ‘aquilo que é dividido entre todos’. A comunidade nasce e se desenvolve a partir das práticas culturais que são compartilhadas por todos os elementos desse grupo. (Grifo em itálico original)

Esta crítica não era nova. O CNFCP, em outubro de 1998, (IPHAN, 2000, p. 173), já havia, em missiva, alertado para a noção de comunidade como um gueto, circunspecta e fechada em si mesma, contrariamente à realidade da renovação das práticas populares e das interações entre todas elas na sociedade brasileira. Porém, a sugestão era de que em seu lugar fosse o conceito substituído pelo de *práticas sociais* para acentuar o aspecto da mudança e da mobilidade dos grupos. Em vez de comunidades, figuraria a categoria aberta de *indivíduos ou grupos de indivíduos*. A abrangência permitiria abarcar, além de outras, todas as populações e comunidades postas exemplificadamente em dispositivo que associava conhecimentos tradicionais apenas à etnicidade de ribeirinhos, seringueiros, indígenas, afrodescendentes e outros grupos étnicos (IPHAN, 2000, p. 173). Dar-se-ia assim ênfase, assim, mais nas “condições materiais e simbólicas de sua reprodução” do que propriamente na forma de sua organização. Contrariamente, outra missiva de junho de 1999, do antropólogo Luis Fernando Dias Duarte, que à época integrava o IPHAN, advogava pela inclusão em todo o documento da expressão “comunidade cultural” (IPHAN, 2000, p. 167).

Ao final, o Registro do PCI não endossou qualquer definição de comunidade, sendo seu conceito encontrado em outras normas definidoras de direitos culturais coletivos e naquelas que definem grupos e povos específicos e estabelecem seus direitos, tal qual a Convenção 169 da OIT e Convenção da Salvaguarda do PCI de 2003, dentre outros. No entanto, a terminologia foi empregada para fazer referência aos saberes enraizados no cotidiano na descrição dos bens imateriais que compõe o

Livro dos Saberes, assim como a noção de práticas sociais encontra-se prescrita na exemplificação da composição do patrimônio que será inscrito no Livro das Celebrações e no Livro dos Lugares. Para Diana Dianovsky (2013, p. 47), houve a decisão por manter uma liberdade maior dos gestores da política de salvaguarda na identificação desses sujeitos.

Verifica-se que este debate veio acompanhado também da discussão sobre quem seriam as partes legitimadas para requerer a instauração do processo de Registro. Considerado o principal ponto de divergência entre o GTPI, desde a apresentação da primeira versão do Registro do PCI em formato de portaria (1ª versão de agosto de 1998) pelo jurista José Paulo Cavalcanti Filho, indicado pelo relator da Comissão, Joaquim Falcão, para acompanhar os trabalhos do Grupo, ressentia-se já na 6ª reunião (12-13/11/98) da ausência da participação da sociedade civil (IPHAN, 2000, p. 138).

Em suma, a legitimidade das partes circunscrevia-se apenas aos órgãos da administração pública da cultura da União e dos demais entes federados (Ministério e Secretarias da Cultura), o IPHAN e os integrantes do Conselho Consultivo. Os poderes atribuídos ao órgão colegiado eram extensos; foi aventada a possibilidade de a seu juízo admitir entidades da sociedade civil que tivessem abrangência regional ou nacional e natureza cultural. Na segunda versão da portaria, incluiu-se a expressão local na extensão da atuação das entidades, bem como as entidades da administração pública indireta vinculadas ao MinC cuja inclusão devia-se ao histórico de formulação de políticas culturais aos bens culturais imateriais como a Fundação Palmares e a FUNARTE, tal qual registrado em crítica da 6ª Reunião do GTPI (IPHAN, 2000, p. 138). Na 9ª Reunião (13/04/99), a Procuradora do IPHAN, Sista de Souza, sugeriu a adoção da expressão entidades culturais da sociedade civil, pois a indicação da natureza da entidade por si era suficiente, não sendo de relevo o âmbito territorial de sua atuação (IPHAN, 2000, p. 144).

Contudo, o critério de representatividade da sociedade civil baseado na existência jurídico-formal de uma organização ou entidade era considerado insuficiente e excludente por alguns colaboradores do GTPI. Na 10ª reunião (13/05/99), por exemplo, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, a bióloga Laura Emperaire e o advogado Sérgio Leitão, membros do Instituto Socioambiental, encaminharam proposta de inclusão de povos indígenas e comunidades tradicionais como legítimas para requerer o Registro, em razão de sua autonomia e do respeito a sua auto-organização social (IPHAN, 2000, p. 147). Não havia justiciabilidade para com esses grupos, na medida em que se exigia sua formalização. De acordo com Diana Dianovsky (2013, p. 48), quando já

era minuta de decreto em sua quinta versão, o Registro do PCI chegou a conter a previsão da legitimidade de comunidades tradicionais e sociedades indígenas. A reivindicação da ampliação das partes para incluir esses sujeitos coletivos de direitos permaneceu até 12ª reunião do GTPI (IPHAN, 2000, p. 154).

Além disso, na 2ª Reunião da Comissão (03/08/99) (IPHAN, 2000, p. 112), o relator Joaquim Falcão contestou recomendações que defendiam que, à semelhança do tombamento, qualquer cidadão pudesse pedir o Registro de determinado bem imaterial. Sua preocupação, encarnada também no Relatório Final dos trabalhos, era de que a ampliação das partes legítimas para provocação do Registro ocasionaria uma enchente de pedidos que não atenderiam o critério da relevância nacional do bem cultural e acabaria por sobrecarregar o Conselho.

Dessa maneira, as entidades da sociedade civil seriam o meio mais apto para apresentação dos requerimentos e, por sua natureza coletiva, deteriam a representatividade política dos cidadãos. Como a expressão não se coadunava juridicamente aos tipos de organizações da sociedade civil existentes no Código Civil de 1916, preferiu-se a menção à sociedades e associações civis, isto é, as pessoas jurídicas de direito privado mencionadas nos artigos 16, 20 e 22, tais quais sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública, as fundações, sindicatos, sociedades mercantis, os partidos políticos, não sendo relevante a sua natureza cultural. Ainda assim, de acordo com a pesquisa de Diana Dianovsky (2013, p. 48), Joaquim Falcão admitiu que até uma comunidade indígena, após a inserção dessa previsão, poderia requerer o Registro. Porém, não foi dessa forma que o Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (IPHAN, 2000, p. 18) concluiu a questão:

A principal divergência, e a mais recorrente, disse respeito à definição de quais seriam as partes legítimas para provocar a instauração do processo. Muitos colaboradores defenderam a idéia de que qualquer cidadão poderia ser parte legítima para solicitar o registro de um bem cultural imaterial. Outros, por sua vez, solicitaram que se ampliasse o leque das instituições listadas na proposta no sentido da inclusão de instâncias municipais, da não exigência de representatividade regional ou nacional para a entidades culturais e, finalmente, pela inclusão de grupos étnicos como partes legítimas. Entendeu-se, por fim, que, com vistas a não se onerar o Conselho Consultivo do Patrimônio

Cultural com uma grande quantidade de pedidos que poderão, muitas vezes, não levar em conta a relevância do bem no cenário nacional, o pedido de abertura de processo de registro deverá ser sempre coletivo, sendo partes legítimas para propor sua instauração as instituições governamentais de cultura federais, estaduais e municipais, as sociedades e as associações civis.

De qualquer forma, como se verá, manteve-se, praticamente ao final da elaboração, como partes legítimas, o que havia sido delineado após as críticas a primeira versão da portaria, incluindo a sociedade civil por meio de suas organizações associativas.

De outro modo, apesar da relevância dos debates sobre legitimidade processual para provocar a instauração do Registro, em matéria de seus efeitos jurídicos, compreende-se que a discussão fundamental na sua regulamentação gira em torno da escolha da espécie normativa mais adequada para instituí-lo, pois, conforme se pode perceber dos debates no GTPI e na Comissão, isso seria determinante para a produção de efeitos e geração de direitos, especialmente no que tange à propriedade intelectual coletiva.

Como se descortinou, as primeiras versões do Registro foram elaboradas em minutas de portaria. Porém, sua natureza ordinatória, de caráter infralegal auxiliar na organização da Administração Pública (SANTOS FILHO, 2016, p. 142) que, em geral, depende da edição de regulamento via Decreto além do dever de observar os limites da legalidade (MELLO, 2010, p. 369), foi considerada argumento suficiente para demonstrar sua instabilidade diante das mudanças governamentais. Havia receio de que se se escolhesse um projeto de lei, o trâmite no Congresso poderia demorar anos. De outro modo, como foi assentado que o Registro teria as finalidades de identificação, reconhecimento e valorização dos bens imateriais, sem quaisquer repercussões no direito de propriedade dentre seus efeitos, a melhor espécie normativa regulamentadora seria o Decreto, na ocasião.

Esta solução vitoriosa fora sugerida logo na 1ª Reunião do GTPI pelo Relator da Comissão, Joaquim Falcão. A Comissão responsável pela formulação do Decreto do Registro do PCI sempre defendeu uma “proposta que não implique ônus para o cidadão nem para o Estado” (IPHAN, 2000, p. 121). Assim também, se não se pretendia criar instrumento com os mesmos efeitos do tombamento, era despiendo operar discussões sobre obrigações aos detentores dos bens imateriais,

poder de fiscalização dos órgãos de salvaguarda e a executoriedade de sanções diante da não preservação, dado o caráter dinâmico, mutável e processual do PCI.

Enquanto no viés do Tombamento trabalha-se com a ideia, por exemplo, de fiscalização ostensiva pelo Estado, para verificar se o bem cultural está ou não sendo preservado, transformado, mutilado, destruído na sua materialidade, inclusive com aplicação de multas, medidas coercitivas, judiciais e extrajudiciais, no patrimônio imaterial tal atividade é inexequível, já que **não cabe fiscalização, vigilância e qualquer outra ação restritiva, mediante o poder de polícia conferido ao Estado, por exemplo, para se observar se o frevo está sendo dançado de tal forma, se o barro das paneleiras de goiabeiras teve sua tonalidade um pouco alterada, se a saia da sambadora de roda do Recôncavo da Bahia está moldando ou não, porque essas coisas se alteram e se modificam constante e inevitavelmente.** A intervenção ou proteção do Estado não se dá, portanto, no âmbito da prática cultural em si (QUEIROZ, 2016, p. 75, grifou-se em negrito).

Em sua 2ª Reunião (IPHAN, 2000, p. 112), a Comissão explicitou que o papel do regulamento seria apenas descritiva dos procedimentos do Registro, deixando ao Conselho e às normas regulamentares a resolução das polêmicas que fossem se apresentado no curso do processo de aplicação do instrumento.

A Procuradoria do IPHAN tinha igual posição quanto à adequabilidade do Decreto, muito embora tenha sido vencida junto com o GTPI no que concerne à defesa de inclusão de dispositivo de que o Registro constituiria prova para que uma comunidade detentora de um bem invocasse sobre ele seus direitos, mormente a propriedade intelectual coletiva. Em seu parecer (08/01/99), Sista Souza, objetando a adoção da portaria nas primeiras versões do Registro, considerou o Decreto como espécie normativa adequada, pois, na sua opinião, o artigo 216 não se revestia de autoexecutoriedade (IPHAN, 2000, p. 176).

Como não existiam obrigações a terceiros e reconhecimento de direitos com o Registro, era perfeitamente possível o uso do regulamento executivo para tratar da salvaguarda dos bens culturais. Tanto assim que entre a 6ª e a 8ª Reunião do GTPI (30/03/99) as primeiras versões e suas

críticas haviam sido incorporadas em minuta de Decreto (IPHAN, 2000, p. 137-142). Eis a posição da Procuradoria constante nas contribuições ao trabalho de elaboração da proposta do Decreto do Registro do PCI (IPHAN, 2000, p. 175-176, grifo em itálico original):

O art. 216 da Constituição Federal não se reveste de auto-executoriedade. Desta feita, o ideal seria que esse dispositivo constitucional fosse regulamentado por lei. Contudo, sabe-se das dificuldades enfrentadas para que um projeto de lei venha a ser aprovado, cuja tramitação é sempre árdua e vagarosa. Então, considerando-se que não existirão maiores obrigações para o detentor do objeto caracterizado como patrimônio imaterial, e segundo o preceito constitucional inserto no art. 5º, inciso II, pelo qual *‘Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos: II-ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei;’* é tolerável que a regulamentação da matéria ser faça por meio de Decreto Presidencial.

Refiro-me a um Decreto Presidencial também porque é o instrumento que está mais próximo da necessidade constitucional, na medida em que, conforme disse, o disposto no art. 216 da Constituição Federal não é auto-executável. Desta feita, uma portaria, ainda que ministerial, possibilitará a presença de uma enorme lacuna entre o texto constitucional e as questões nela mesma tratadas (na portaria). Ademais, vale lembrar que as portarias não surgem diretamente da norma constitucional, pois que devem ser editadas em complementação, e nunca em substituição, à ordem legal.

Poderia consignar, ainda, outros aspectos, que abordei com V.S^a, acerca da proposta propriamente dita, ou seja, acerca do conteúdo daquela minuta para a portaria, assim como outros que coloquei em reunião realizada com parte da equipe técnica que estava desenvolvendo o trabalho. Porém, deixo de fazê-lo, uma vez que tais ponderações, embora

tenham sido verbais, foram acolhidas e contempladas, conforme posso constatar na minuta que, agora, está sob análise e sobre a qual passo a me pronunciar.

Considero, repito, um Decreto Presidencial o instrumento menos avesso à ordem legal para a regulamentação dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

Essa ótica das normas constitucionais que sustentam o direito ao patrimônio cultural como norma programática carecedora de regulamentação para produção de efeitos, portanto limitada, presidirá a análise jurídica material e formal dos primeiros bens registrados, constante em seus processos administrativos. Não obstante ser um direito fundamental de aplicabilidade imediata, independente da mediação da edição de norma regulamentadora infraconstitucional, a mudança de orientação do IPHAN dar-se-á na avaliação e no aprimoramento da execução da política de salvaguarda em seus dez primeiros anos. Ainda assim, o Decreto supriria a omissão legislativa e abrigaria os contornos de efeitos explícitos imediatos nele previstos.

Ao fim e ao cabo, o GTPI, na 12ª reunião (06/07/99), com o temor de que o Registro se aparentasse com o tombamento, ajustou o Decreto não como um mecanismo de tutela ou proteção, atos quase sinônimos de tomar, mas como processo de reconhecimento e valorização, cujo ato final declaratório estava na inscrição nos Livros e na titulação dos bens imateriais como patrimônio cultural brasileiro (IPHAN, 2000, p. 154). Este processo de reconhecimento seria precedido por ações de inventariação e documentação ampla sobre o bem para embasar a política de salvaguarda e apoiar posterior programa de difusão e transmissão do conhecimento produzido que assegurasse sua continuidade. Certificou-se assim a existência do Programa Nacional do Patrimônio Cultural – PNPI, cujas linhas finais foram definidas na 2ª Reunião da Comissão (IPHAN, 2000, p. 113). Na síntese do Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (IPHAN, 2000, p. 16-17):

O decreto presidencial foi considerado o instrumento legal mais adequado para institucionalizar o registro do patrimônio imaterial, uma vez que ele se destina a regulamentar norma constitucional, não implicando restrições ou limitações ao direito de propriedade ou a criação de obrigações para outras instâncias do poder público, à exceção do próprio Ministério da Cultura.

[...]

Os efeitos do registro são vários. Em primeiro lugar, fica instituída a obrigação pública de documentar e acompanhar a dinâmica das manifestações culturais registradas. Em segundo, promove-se, com o ato de inscrição, o reconhecimento da importância desses bens e sua valorização, mediante a concessão do título de Patrimônio Cultural do Brasil e a implementação, em parceria com entidades públicas e privadas, de ações de promoção e divulgação. Em terceiro, se estabelece a manutenção, pelo Iphan, de banco de dados sobre os bens registrados aberto ao público; e, por fim, se favorece a transmissão e a continuidade das manifestações registradas mediante a identificação de ações de apoio, no âmbito do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Além desses efeitos, o registro ensejará a realização de inventário de referência cultural que permitirá o mapeamento dessas manifestações no território nacional, fornecendo dados para o desenvolvimento de uma política nacional de registro e valorização apoiada em sólida base de conhecimento.

Na exposição de motivos encaminhada à Presidência da República, o Ministro Francisco Weffort repetiu como um mantra as orientações do GTPI sobre a validade e a eficácia do Decreto, bem como a configuração de seus efeitos. Confirmou a necessidade da existência do novo mecanismo para aplicabilidade à salvaguarda de bens culturais processuais e dinâmicos, enfatizando sua eficácia no reconhecimento das referências culturais dos grupos que compunham a sociedade brasileira, sem trazer embaraços ao exercício do direito de propriedade, a não ser a própria obrigação do Poder Público de reconhecer e apoiar os bens registrados⁹². Expôs que o Decreto era instrumento legal para dar conta da urgência, e a resposta mais adequada (IPHAN, 2000, p. 21-23). Na perspectiva de Hermano Queiroz (2016, p. 16), a espécie normativa e o instrumento legal possíveis, não os ideais.

⁹² Esta linha argumentativa de justificação está entre as cinco diretrizes do Registro, sendo a quinta a que versava sobre suas consequências práticas, da Carta da Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro ao Ministro da Cultura (VILAÇA et. al., 1999, p. 74-75).

Contudo, a previsão de efeitos explícitos imediatos do Registro não objetou que os grupos e comunidades interessados em sua edição, embora não tenham participado de sua formulação, ampliassem o alcance do Decreto. Na prática, exigiram do IPHAN e de outros órgãos federais e estaduais, em certos casos, durante e após o registro, a interveniência para que terceiros se abstivessem de se apropriar de bens imateriais ou mesmo que o Poder Público agisse para responder a ameaças de danos (QUEIROZ, 2016, p. 77).

O IPHAN, obstaculizado pelos limites de suas competências institucionais e pela interpretação jurídica restritiva sobre os efeitos do Decreto, teve, na aplicação da política de salvaguarda e na sua prática administrativa, que se amoldar à hermenêutica criativa dos próprios detentores dos bens culturais imateriais. Nada poderia se esperar diferente de um Estado Democrático Sociocultural de Direito, no qual há uma *sociedade aberta de intérpretes* da Constituição (HÄBERLE, 1997). Dentre as interpretações de diversos sujeitos de direitos culturais coletivos, retomou-se a possibilidade de reconhecimento de direitos intelectuais, retirada da minuta do Decreto, a partir de uma *concretização sistemática* da Constituição (MÜLLER, 2005, p. 68), baseada nonexo material entre o âmbito de regulamentação do Registro do PCI e outras legislações que tratam da salvaguarda do patrimônio imaterial e de direitos de povos e comunidades tradicionais.

Nessa esteira, é de se considerar que grupos e comunidades dos quais detentores e produtores de bens culturais imateriais fazem parte também são fonte de produção normativa, na medida em que o próprio Estado brasileiro reconhece sua autonomia e auto-organização social e seu direito costumeiro. No entanto, inicialmente, a interpretação dada pelo IPHAN ao Decreto do Registro, assim como ocorreu com a história do tombamento, pareceu ensimesmada nos elementos histórico-genéticos de sua configuração pré-normativa, ou na sua aplicação como um sistema fechado, junto com as normas infralegais que vieram a suplementá-lo, aliada às limitações financeiras, estruturais e técnicas da Autarquia, além da resistência conservadora da noção de patrimônio cultural material presente em parte de seu quadro administrativo.

Diante das crescentes demandas encaminhadas ao IPHAN envolvendo questões ligadas aos efeitos do Registro, interroga-se ainda se a figura do Decreto seria eficaz e adequada na regulamentação direta da norma constitucional inserta no artigo 216 da Constituição Federal.

3.2 Adequação ou inadequação da figura normativa do Decreto para o Registro do PCI: o princípio de juridicidade na concretização constitucional do patrimônio cultural

Na época da formação do Registro do PCI, a doutrina administrativista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alinhavam-se majoritariamente no sentido de que a existência de Decretos só era possível de ser concebida por um princípio de acessoriedade e complementariedade da lei. A universalidade do princípio da legalidade levava a afirmar que toda matéria constitucional regulamentável estava sob os impérios da legalidade, permanecendo o Decreto executivo e outros regulamentos como normas de natureza secundária e subordinada, cujos efeitos estariam adstringidos à executoriedade da lei (CLÈVE, 2000, p. 280; MELLO, 2010, p. 339 e ss.). Esta era uma das justificativas para que o Registro não tivesse efeitos constitutivos, apenas declaratórios, porém nada obistou que fosse editado com procedência direta na Constituição de 1988.

Por conseguinte, surgiram duas teses distintas sobre sua eficácia enquanto instrumento de salvaguarda do PCI: a) a da inadequabilidade do Decreto, pois o § 1º do artigo 216 não seria autoexecutável, necessitando de lei regulamentar (COSTA, 2011, p. 122 e ss.) e; b) da adequabilidade do Decreto, tendo em vista se tratar de procedimento administrativo com fundamento direto na Constituição que não criaria mais do que obrigações executivas ao Estado, de reconhecimento e valorização de bens culturais, sem a necessidade de intermediação da lei (QUEIROZ, 2016, p. 80 e ss.). Contudo, essa divergência de ordem formal, mas com implicações e consequências práticas, modificou-se com a mudança paradigmática da constitucionalização do direito e o crescimento no Estado Social de reclames para satisfação de direitos econômicos, sociais e culturais por parte de movimentos sociais, grupos de pressão e minorias.

A consecução de políticas culturais como prestações sociais positivas do Estado, diante do alargamento de suas funções executivas e das omissões recorrentes do Poder Legislativo, interseccionadas por pleitos de garantia de direitos fundamentais, de maior participação política da sociedade, de reconhecimento identitário, de redistribuição de recursos econômicos para diminuição dos níveis de desigualdade social, não ampara os atos administrativos nos quais se baseia apenas no princípio da legalidade estrita. A vinculação do Poder Público é, antes de tudo, diante da supremacia e primazia material e formal das normas constitucionais, à Constituição Federal de 1988 e às demais fontes

normativas do Direito, sendo a legalidade formal estrita um de seus princípios relevantes, mas não o único.

É precisamente com a ampliação das tarefas do Estado Democrático Sociocultural de Direito que ocorre a crise da legalidade formal. Dentre as causas, segundo Gustavo Binenbojm (2008, p. 11-12) estão o “advento do constitucionalismo e o fenômeno da constitucionalização do direito e a multiplicação de novas formas de juridicidade [...]”. Isso não significa o desprestígio do princípio da legalidade, ao contrário, remete-o à concretização da Constituição Federal de 1988 e ao acompanhamento da realidade do âmbito material constitucional pela lei regulado. Nesse sentido, a fonte direta da atuação da Administração Pública são, precipuamente a Constituição e seu sistema de princípios e regras, nos quais há dialogicidade com a legislação infraconstitucional, mas, igualmente, com o arcabouço infralegal, em vistas a máxima proteção dos direitos fundamentais e o fortalecimento do pluralismo, a fim de que o Poder Público realize otimamente esses direitos a partir de todos os tipos normativos possíveis na circunstância da ausência de lei. De acordo com Gustavo Binenbojm (2008, p. 12-13, grifo em itálico original),

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como *sistema de regras e princípios* – passa a constituir o cerne da vinculação administrativista à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas mais à lei.

Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização* do Direito Administrativo seja a ligação direta aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição do Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem.

Assim, vê-se que a juridicidade não é um espaço para discricionariedades de toda ordem, mas a compreensão de que as comissões e omissões da Administração Pública podem pautar-se na admissão da inconstitucionalidade de um dispositivo legal, na fundamentação direta das normas constitucionais, e na ponderação da legalidade, desde que esteja em questão a otimização máxima da Constituição. (COSTA, 2010, p. 277, BINENBOJM, 2008, p. 13; ARAGÃO, 2004, p. 63). Assim, o poder regulamentar não advém em consequência da lei, mas do exercício autônomo da função executiva atribuída às competências de cada um dos três poderes pela própria Constituição. Esta função, em regra, é primária no Poder Executivo, cuja competência estabelecida no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988 é, em princípio, expedir decretos e regulamentos para execução das leis.

Embora se veja com nitidez a primazia da lei, a Constituição Federal de 1988, após a EC nº 32/2001, que autoriza o Poder Executivo a expedir decretos que disponham sobre organização e funcionamento da Administração, desde que não impliquem em aumento de despesa ou criação de órgão, introduziu o domínio da reserva do regulamento autônomo ao lado da reserva de lei (CYRINO, 2005, p. 194). Igualmente, nos espaços vazios e nas omissões deixadas pelo Poder Legislativo, nos quais não há matéria reservada à lei, o Executivo pode editar regulamentos independentes. A diferença em razão do regulamento autônomo é que, enquanto este está no domínio da reserva de regulamento, demarcando com a legalidade sua existência a partir da competência de cada esfera normativa, o independente é hierarquicamente inferior, ou seja, sobrevivendo lei sobre a matéria regulada pelo decreto, há precedência da legalidade sobre o ato regulamentar no caso de incompatibilidade material (CYRINO, 2005, p. 193).

De acordo com Dimoulis e Martins (2012, p. 147), não se pode confundir *reserva legal* com *reserva de lei*, pois esta atine aos princípios do Estado Democrático de Direito, o que se denomina comumente de princípio da legalidade que funciona, em verdade, como um *limite do limite* dos direitos fundamentais, do qual se extrai a proibição de delegação de poderes do legislador à Administração Pública, a não ser nos casos previstos constitucionalmente. Firma-se, desta maneira, quanto ao primeiro conceito a definição de constrição legislativa autorizada de forma expressa pela Constituição.

No primeiro tipo de intervenção permitida, a Constituição ordinariamente prevê de maneira genérica e abstrata que o preceito

fundamental será limitado *na forma da lei* (v.g. art. 5º, incisos XV, XVIII, LVIII, da CF/88). Já no segundo caso, o texto constitucional enuncia não apenas o dever do legislador em restringi-la ou conformá-la, mas, igualmente, delinear seu âmbito de concreção temática e fins da atividade interventiva possível e permitida (v.g. art. 5º, incisos XII e XIII, da CF/88). Esta separação não é tão nítida quando se está diante de uma *reserva legal* híbrida que depende da interpretação conceitual do dispositivo (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 147).

No caso do disciplinamento dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural, como o Registro do PCI, não há indicação de *reserva legal simples* (será exercido na forma da lei) ou *reserva legal qualificada* (onde a Constituição Federal de 1988 determina a natureza da intervenção sobre o direito, finalidades e o tipo). Contudo, se o instrumento ou mecanismo representar limites a um direito fundamental, como o direito de propriedade, haverá, nesses casos, uma autorização tácita para que a lei “intervenha para fixar as condições de exercício do direito e evitar conflitos” (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 148). Por outro lado, como se verá adiante, o Poder Judiciário tem entendido que, em matéria de proteção do patrimônio cultural, ou seja, no âmbito da concretude do direito ao patrimônio cultural, o Poder Público nada mais necessita do que a própria Constituição.

Nesse sentido, o direito ao patrimônio cultural é *a priori* sem reserva legal, o que não significa que seu exercício é ilimitado. Portanto, não significa que em caso de colisão entre dois direitos de lastro fundamental o legislador, a administração e o judiciário não possam intervir. A admissibilidade de restringibilidade tácita é encontrada também na teoria da colisão dos direitos fundamentais, que autorizam tanto Legislativo (plano abstrato), quanto Administração Pública e Judiciário (plano concreto), a partir da interpretação constitucional intervir na área de proteção ainda que não haja limite expresso, sob o fundamento da unidade da Constituição.

De toda forma, não se deve ignorar o princípio democrático da presunção de constitucionalidade da lei limitadora, em face da segurança jurídica, nem tão pouco que os Poderes estão vinculados materialmente aos deveres de justificação da restrição, cujo método mais adequado, no caso de choques e conflitos, é o da ponderação de bens.

Porém, alguns, como Dimoulis e Martins (2012, p. 156-157), defendem que, em se tratando de limitações, o recurso metodológico à ponderação é vedado nos casos nos quais o constituinte estabeleceu reserva legal, seja simples ou qualificada. Segundo os constitucionalistas, a reserva e a colisão não são limites sobrepostos, mas alternativos, restrito

este último aos direitos *sem reserva*. Dessa forma, respeita-se as diretrizes do Poder Constituinte Originário e se limita a atuação do legislador a um grau no qual ele se abstenha de realizar limitações a direitos fundamentações *sem reserva*, que necessitam de uma averiguação diligente sobre aplicação na teoria da colisão.

De outro modo, a mediação da lei não é condição para o exercício do direito ao patrimônio cultural, fundamental, de aplicabilidade imediata. Os instrumentos trazem consigo diferentes graus e níveis de proteção para prestar auxílio na concretização do que está disposto no artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Assim, há possibilidade de limitação infraconstitucional, mas ela não é critério de efetivação, garantia e exercício desse direito fundamental de solidariedade. De tal sorte que tal como o Registro se encontra no Decreto nº 3.551/2000 não haveria, de fato, a edição de lei para autorizar as ações de identificação, reconhecimento e valorização de bens imateriais.

Visto isso, o poder regulamentar da Administração Pública não está somente vinculado à execução da lei. É um falso axioma afirmar que o Decreto, ainda que apenas executivo, não contenha disposições novas ou originais acerca de uma matéria, até porque a própria lei pode conter normas que não possuam densidade suficiente para orientar os atos administrativos e proceder a uma uniformização de procedimentos e padrões entre seus órgãos e entidades. De fato, há uma margem significativa de discricionariedade, contanto não contrarie a lei, e de liberdade criativa na formatação desses regulamentos (ARAGÃO, 2004, p. 57). De certa maneira, vezes a própria lei só dispõe sobre princípios, diretrizes e finalidades, deixando a cargo da função executiva a criação de regulamentos que disponham sobre procedimentos e meios executórias da regulação legal. Para Alexandre Santos de Aragão (2004, p. 56) “[...] todo regulamento é, simultaneamente, em maior ou menor grau executivo e criativo”.

No caso do Registro do PCI, o Decreto nº 3.551/2000 encontra sua fonte primária e validade na própria Constituição Federal de 1988, não sendo necessário se amparar em disposição legal pretérita (BINENBOJM, 2008, p. 14; ARAGÃO, 2004, p. 57) Seria então regulamento autônomo ou independente? De fato, há completa independência de lei para regulamentação do Registro, se se compreende o mecanismo de salvaguarda como procedimento declaratório de identificação de bens culturais imateriais. Por outro lado, o Decreto é uma ferramenta de reconhecimento do interesse público sobre um bem cultural, que ocorre a partir de um procedimento organizativo no interior da Administração Pública Federal, envolvendo o IPHAN e o Conselho Consultivo do PC, e

que não implica na criação de novo órgão ou entidade da administração indireta.

O Decreto nº 3.551/2000 dispõe sobre procedimentos administrativos para dar cumprimento ao direito constitucional ao patrimônio cultural imaterial. Porém, diante da criação do PNPI, questiona-se se afastaria a hipótese de decreto autônomo.

Um exemplo prático para a resposta da questão, pode-se extrair no veto presidencial nº 182, de 15 de maio de 2003, a dois dispositivos que alteravam o artigo 5º da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), no Projeto de Lei de Conversão da MP nº 79/02, no qual o Poder Executivo entendeu inconstitucionais atribuições de competências dadas ao Ministro dos Esportes pelo Legislativo, por invasão de competências de sua esfera (CYRINO, 2005, p. 162). Dispunha os parágrafos inseridos:

§ 3º Caberá ao Ministério do Esporte, ouvido o Conselho Nacional do Esporte - CNE, propor o Plano Nacional de Esporte, observado o disposto no art. 217 da Constituição Federal.

§ 4º O Ministério do Esporte expedirá instruções e desenvolverá ações para o cumprimento do disposto no inciso IV do art. 217 da Constituição Federal e elaborará o projeto de fomento da prática desportiva para pessoas portadoras de deficiência.

Nesse caso concreto, o Poder Executivo Federal compreendeu que as normas acima criavam atribuições à organização da Administração Pública, o que deveria ser tratado por decreto, conforme o artigo 84, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988. Fincou, dessa maneira, que a proposta legislativa adentrava em matéria reservada ao regulamento pela Constituição. De outra maneira, apesar de ter assumido o ônus político do veto por inconstitucionalidade, sem ter sido rejeitado, a análise dos dois dispositivos ensejam alguns problemas para formatação de um decreto autônomo.

Se o Plano Nacional de Esporte não trouxesse maiores interferências no exercício de direitos dos cidadãos, não haveria maiores problemas na proposta de decreto que se baseasse exclusivamente no dever do Estado de fomentar práticas desportivas, de acordo com o *caput* do artigo 217. Dessa maneira, estar-se-ia diante de um decreto autônomo, pois adentraria apenas na seara do funcionamento administrativo para sua realização. Todavia, sabe-se que o desenvolvimento de ações com fundamento em políticas públicas e planos são ferramentas de instrumentalizar e arregimentar meios que ultrapassam o campo meramente organizacional. Assim, ainda que o fundamento fosse o artigo

217 da Constituição Federal de 1988, nessa perspectiva o Decreto seria independente. Igualmente, o fomento em si, mencionado no § 4º, estaria ancorado numa determinação direta da Constituição. Em ambos os casos, a superveniência da legalidade sobrepujaria o regulamento:

[...] deve-se atentar para o fato de que, *in casu*, não se trata simplesmente de organizar a Administração Pública Federal, mas de fazer cumprir mandamento do constituinte. Para tanto, de fato, poder até, excepcionalmente e no caso de lacuna, valer-se o Executivo de regulamento, desde que respeite o artigo 5º, inciso II, da Constituição. Contudo, tal regulamento será independente, devendo respeitar a preferência de lei. Assim, existindo lei, o regulamento não prevalece. Dessa forma, o fundamento de inconstitucionalidade do veto não procede por quanto poderia a lei dispor preferencialmente sobre o mandamento do artigo 217 da Constituição (CYRINO, 2005, p. 163).

Dessa maneira, o Decreto do Registro do PCI seria um regulamento independente, cumprindo mandamento constitucional. A criação do PNPI é suporte material do mecanismo para, através da execução e monitoramento da política de salvaguarda, contribuir com a proteção dos bens culturais imateriais, no sentido de valorizar e promover a diversidade cultural brasileira e disseminar informações sobre o PCI.

Decerto, o Supremo Tribunal Federal vem, paulatinamente, modificando o seu entendimento majoritário anterior de que ordenamento jurídico brasileiro não admitiria regulamentos autônomos ou independentes. Caso concreto ocorrido fora do âmbito do Poder Executivo, em controle concentrado de constitucionalidade, ilustra o deslocamento da interpretação abalizando a constitucionalidade de resolução do Conselho Nacional de Justiça, abstrata e genérica, que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Desde o julgamento da medida cautelar da Ação Declaratória nº 12 – ADC/MC 12, o STF considerou a possibilidade da resolução regulamentar diretamente dispositivo constitucional:

[...]

A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações

administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. [...]

No mesmo sentido e caminho, a ADI 2806-5 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal,, que entendeu que lei estadual de organização do serviço público estadual de educação invadiu a esfera de competências reservada a regulamento autônomo do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre organização e funcionamento de escolas públicas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1.º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente.

Ad argumentandum tantum, ainda que não se considere o Decreto do Registro do PCI independente pela impossibilidade da geração de efeitos restritivos ou de criação de direitos, o STF, em algumas decisões, vem reconhecendo que regulamentos apoiados diretamente em dispositivos da Constituição Federal de 1988 para fins de sua concretização podem instaurar proibições, restrições e limitações a particulares. Em sede de controle difuso de constitucionalidade, no Recurso Extraordinário 121.140, o STF, em 2002, restaurou a eficácia do Decreto nº 7.046 do Rio de Janeiro, que protegia o patrimônio cultural e ambiental de diversas partes da capital, perante a Constituição de 67/69, cujos efeitos tinham sido sustados pelo Tribunal de Justiça daquele Estado por entender que o regulamento não poderia fazer as vezes da lei no que concerne a limitações ao direito de propriedade de particulares.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta

Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.

No voto do Ministro Relator Maurício Correia (STF, 2002, p. 282), referindo-se ao dever constitucional de proteção do patrimônio cultural, por parte de todas as esferas federadas, consta sua posição de que “[...] não se pode negar eficácia às disposições do Decreto nº 7.046/87, que teve o escopo primordial de regulamentar a exequibilidade da norma constitucional de conteúdo autoaplicável [...]”. No caso concreto, o então Ministro Francisco Resek (STF, 2002, p. 288-289), acompanhando o relator, questionou-se se haveria a necessidade da edição de lei para criar limitações urbanas para preservação de prédios históricos, no que conclui que o “O Poder Público, no plano municipal, não precisa de mais nada além daquilo que a Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos”. Além dessas decisões, em algumas outras circunstâncias o Supremo manteve os efeitos de normas regulamentares com base no princípio da juridicidade, primando nessas situações pela concretização constitucional. É o que se percebe dos acórdãos da ADI/MC 487 e do REextr 203.954, citados respectivamente:

ACÇÃO DIRETA BASEADA NOS ARTIGOS 225, § 4º, E 5º, XXII, DA CONSTITUIÇÃO. SEM NEGAR A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO, MAS PONDERADO O INTERESSE COLETIVO NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE, INDEFERE-SE POR MAIORIA, A CAUTELAR, QUANTO AO ART. 1º DO DECRETO Nº 99.547-90, QUE PROÍBE, POR PRAZO INDETERMINADO, O CORTE E A RESPECTIVA EXPLORAÇÃO DA VEGETAÇÃO NATIVA DA MATA ATLÂNTICA. CAUTELAR INDEFERIDA, POR UNANIMIDADE, QUANTO AO ART. 2º DO

MESMO DECRETO, QUE DISPÕE SOBRE O EXERCÍCIO DA FISCALIZAÇÃO DE PROJETOS, PELO IBAMA.

IMPORTAÇÃO DE AUTOMOVEIS USADOS. PROIBIÇÃO DITADA PELA PORTARIA Nº 08, DE 13.05.91 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA, EM PRETENSO PREJUÍZO DAS PESSOAS DE MENOR CAPACIDADE ECONÔMICA. ENTENDIMENTO INACEITÁVEL, PORQUE NÃO DEMONSTRADO QUE A ABERTURA DO COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO AOS AUTOMOVEIS TENHA O FITO DE PROPICIAR O ACESSO DA POPULAÇÃO, COMO UM TODO, AO PRODUTO DE ORIGEM ESTRANGEIRA, ÚNICA HIPÓTESE EM QUE A VEDAÇÃO DA IMPORTAÇÃO AOS AUTOMOVEIS USADOS PODERIA SOAR COMO DISCRIMINATORIA, NÃO FOSSE CERTO QUE, AINDA ASSIM, CONSIDERÁVEL PARCELA DOS INDIVÍDUOS CONTINUARIA SEM ACESSO AOS REFERIDOS BENS. DISCRIMINAÇÃO QUE, AO REVER, GUARDA PERFEITA CORRELAÇÃO LÓGICA COM A DISPARIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO ESTABELECIDO PELA NORMA IMPUGNADA, A QUAL, ADEMAIS, SE REVELA CONSENTÂNEA COM OS INTERESSES FAZENDÁRIOS NACIONAIS QUE O ART. 237 DA CF TEVE EM MIRA PROTEGER, AO INVESTIR AS AUTORIDADES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO PODER DE FISCALIZAR E CONTROLAR O COMÉRCIO EXTERIOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No plano do exercício das competências comuns e legislativas concorrentes de Estados e Municípios, este debate sobre a espécie normativa regulamentar adequada para o Registro do PCI não ganhou corpo após a edição do Decreto nº 3.551/2000. Apesar de ser norma regulamentando o mecanismo no âmbito da União, os demais entes

federados a interpretam como norma geral nacional, mas somente de repetição obrigatória, e não de observância cogente.

Esta interpretação tem como consequência o seu tratamento como norma de reprodução na qual haveria por parte dos membros da federação somente a adaptação do procedimento às suas realidades administrativas e financeiras, bem como aos interesses regionais e locais, respeitadas as suas autonomias, levando a menoscabo o exercício de suas competências legislativas suplementares diante dos vazios, lacunas e deficiências do plano federal (COSTA, 2011, p. 44-50). Isso fora antevisto pela Carta da Comissão do PCI ao Ministro da Cultura, (VILAÇA et. al., 1999, p. 74) antes da edição do Decreto, que previa o efeito integrador das legislações em um Sistema Nacional de Patrimônio Cultural, porém o prognóstico se resumiu à liberdade da escolha do tipo normativo por parte dos entes. Por exemplo, o Estado de São Paulo disciplina o Registro do PCI, em seu âmbito, pelo Decreto nº 57.439, de 17 de outubro de 2011; já o Município de Fortaleza estatui o instrumento de salvaguarda na Lei nº 9.347, de 11 de março de 2008.

No âmbito jurisprudencial, em sede de controle concentrado estadual, há divergências sobre a constitucionalidade formal de leis municipais, propostas por iniciativa parlamentar, com efeitos concretos, que declarem expressão ou manifestação cultural como patrimônio cultural imaterial. Tribunais de Justiça como o de São Paulo entendem que a declaração de bem cultural imaterial como de relevante interesse local é matéria de competência exclusiva do Poder Executivo, qualquer iniciativa legal do Poder Legislativo em reconhecer determinado bem imaterial violaria o princípio da separação de poderes. De outro modo, o fato de a lei possuir efeitos concretos também é fundamento condicionante para a declaração de inconstitucionalidade. Eis alguns julgados:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.846/15 (Declara Patrimônio Cultural Imaterial do Município de Mirassol, os Grupos de Folia de Reis do Município de Mirassol). Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade, por se imiscuir em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Vício de iniciativa. Afronta ao princípio da separação dos poderes. Desrespeito aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado. Ação procedente. (TJ-SP – ADI: 20024277720168260000 SP 2002427-77.2016.8.26.0000, Relator: Borelli Thomaz, Data

de Julgamento: 01/06/2016, Órgão Especial, Data de Publicação: 02/06/2016)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Lei municipal nº 11.109, de 2015, de iniciativa parlamentar, declarando o ‘Trapeirismo’ como patrimônio cultural imaterial do Município de Sorocaba. No exercício de sua função legislativa, a Câmara Municipal está autorizada a editar normas gerais e abstratas. Vício de iniciativa. Inadmissível a prática de atos concretos de administração. Afronta ao processo legislativo. Ingerência na gestão administrativa local. Desrespeito à separação dos poderes. Precedentes deste C. Órgão Especial e do Eg. Supremo Tribunal Federal. Afronta aos arts. 5º; 47, incisos II, XI e XIV; 144 e 261 todos da Constituição Bandeirante. Interesse local. Presença. Ofensa ao princípio do pacto federativo. Inocorrência. Inconstitucional o ato normativo impugnado. Procedente a ação. (TJ-SP – ADI: 21521735320158260000 SP 2152173-53.2015.8.26.0000, Relator: Evaristo dos Santos, Data de Julgamento: 09/12/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: 11/12/2015).

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS entende que não há inconstitucionalidade formal em lei proposta pelo Poder Legislativo que proponha a criação de programa de proteção a determinado bem integrante do PCI, desde que a Casa do Povo assuma o ônus administrativo e financeiro decorrente de seus efeitos concretos.

CONSTITUCIONAL. LEI MUNICIPAL. INICIATIVA LEGISLATIVA. PROGRAMA DE PROTEÇÃO A PATRIMÔNIO IMATERIAL. EFICÁCIA DECLARATÓRIA. DESPESAS. RESPONSABILIDADE DA CÂMARA MUNICIPAL. VÍCIOS FORMAL E MATERIAL INEXISTENTES. Limitada a Lei nº 5.989/2013, do Município de Pelotas, oriunda do Poder Legislativo Municipal, a dispor sobre programa de proteção a patrimônio imaterial e dotada de eficácia meramente declaratória, assumida as despesas com o registro dos atos declarativos pela própria Câmara municipal, inexistem tanto o vício

de iniciativa como aquele de cunho material apregoados na ação direta de inconstitucionalidade. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70057519647, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 24/03/2014) (TJ-RS – ADI: 70057519647 RS, Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 24/03/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/03/2014).

Essa divergência, se o PCI pode ser reconhecido ou não mediante lei de iniciativa parlamentar, remete-se à interrogação antiga sobre a constitucionalidade do tombamento legislativo. O argumento a favor da impossibilidade de se realizar atos declaratórios legalmente para proteger determinado bem cultural centra-se na defesa de que somente o Poder Executivo deteria os meios técnicos suficientes de identificação e de gestão da preservação e fomento do patrimônio.

Por outro lado, a defesa da possibilidade de proteção de bens, através de lei de efeitos concretos assinala que o Legislativo não apenas deteria a legitimidade popular requerida pela Constituição Federal para proceder à declaração, como possuiria os meios técnicos igualmente capazes de salvuardá-los. De fato, o que há de se averiguar em cada caso concreto é se a declaração da lei proposta pelo Poder Legislativo gera deveres, obrigações e despesas ao Poder Executivo. Nesse caso, a lei padecerá do vício da inconstitucionalidade formal.

Igualmente, independentemente da eleição pelo sufrágio universal do voto direto e secreto, a Constituição Federal de 1988 determina que a proteção por qualquer meio deva se realizar em colaboração com a comunidade, daí porque a proposta legislativa que tenha efeitos declaratórios deva se submeter ao escrutínio anterior de instrumentos de democracia direta. Se a declaração legal envolver povos e comunidades tradicionais, a medida legislativa deve também respeitar o direito à consulta e ao consentimento prévio, caso a medida venha a afetá-los diretamente.

De todo modo, no Brasil, a proteção do patrimônio pela via legislativa, ainda que não necessariamente de iniciativa do Poder Legislativo, está presente na Constituição Federal de 1988 (tombamento constitucional dos territórios quilombolas), no Estatuto da Igualdade Racial (reconhecimento da capoeira como bem cultural imaterial no artigo 20 da Lei nº 12.288/2010,) em Constituições Estaduais e Leis

Orgânicas, assim como na legislação infraconstitucional, como a Lei Federal nº 10.413, de 12 de março de 2012, que tombou legalmente bens integrantes de antigas empresas estatais que foram estatizadas pelo Programa Nacional de Desestatização (COSTA, 2011, p. 88-89).

Porém, a declaração de um bem imaterial como PCI brasileiro pela via legislativa está se tornando um expediente para legitimar formas de expressão que, do ponto de vista dos critérios materiais do Registro ou da Convenção de 2003 da UNESCO, sequer seriam salvaguardados, como a Lei nº 13.130, de 03 de junho de 2015 que reconhece a manifestação religiosa Caminhada com Maria integrante do patrimônio, cuja análise não resistiria ao critério da continuidade histórica entre gerações. Ou mesmo a Lei nº 13.364/2016 que elevou o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial, apesar de os precedentes do STF afirmarem que manifestações culturais que causem sofrimento e crueldade a animais, tais quais a rinha de galo, a farra do boi e as vaquejadas, não podem, na perspectiva constitucional, ser protegidas ou salvaguardadas por violarem o artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988. Além disso, as Convenções da Diversidade Cultural de 2005 e da Salvaguarda do PCI da UNESCO de 2003 têm como princípio o desenvolvimento sustentável, que não comporta práticas nocivas contra animais para fins de entretenimento, bem como estabelece imperativos éticos de deveres humanos de proteção da vida animal.

Visto isso, tem-se que o Registro do PCI não afronta o princípio da legalidade estrita. Com base no princípio de juridicidade, o Executivo Federal amoldou-o ao Direito como uma totalidade. Trata-se de regulamento independente com força normativa extraída diretamente da Constituição Federal de 1988. É certo, contudo, que a superveniência de lei federal regulamentadora que dispuser igualmente sobre o Registro, invalidaria as normas regulamentares a ela contrárias, mantendo apenas os aspectos que fossem do domínio exclusivo do regulamento. No entanto, à época de sua formulação, nunca é demais lembrar que havia omissão legislativa, cuja inércia estatal da regulamentação de mecanismo de reconhecimento do patrimônio imaterial poderia gerar, junto ao Poder Judiciário, demandas concretas de adoção de medidas de salvaguarda em favor da coletividade em geral, de grupos, comunidades ou indivíduos.

Como seus efeitos imediatos são o reconhecimento e a valorização de bens culturais imateriais, não se pode afirmar que explicitamente cria direitos. Contudo, o direito ao patrimônio cultural imaterial é um dos direitos fundamentais, “em virtude de sua aplicabilidade imediata eles

carecem de critérios materiais de aferição que podem ser tornados plausíveis a partir do próprio teor normativo sem viver à mercê das leis ordinárias” (MÜLLER, 2005, p. 68). Dessa maneira, o Registro é um instrumento que, por meio de procedimentos administrativos, maximaliza a concretização dos mandamentos constitucionais de proteção do patrimônio cultural.

Logo, na sua aplicação enquanto mecanismo de salvaguarda de bens imateriais, a reivindicação por direitos culturais coletivos ocorre em razão de sua existência pretérita na própria Constituição de 1988, bem como nos tratados e convenções nos quais há o reconhecimento de grupos e comunidades tradicionais como sujeitos desses direitos. Assim também, vale ressaltar que este patrimônio, antes de ser declarado de interesse nacional, é dito referente cultural, em função desses sujeitos que os vivenciam em seus cotidianos, praticantes de expressões tradicionais e detentores de saberes. Portanto, ainda que esteja disciplinado em Decreto, parece contraditória a afirmação de que o ato declaratório do Registro não criaria limitações a terceiros que se apropriam indevidamente desses bens imateriais registrados.

Esses sujeitos, detentores e produtores de bens culturais, têm utilizado o Registro de forma ampla, demonstrando acreditar que este instrumento foi criado pela CF/88, fruto de ingentes esforços, não somente para fins de identificação, reconhecimento e valorização, mas também para a efetiva proteção dos direitos culturais que permitam a continuidade histórica dos bens culturais reconhecidos.

[...]

O Registro nasce a partir daí como um instrumento que cria um regime especial aos bens culturais registrados, impedindo o seu uso indiscriminado, desautorizado e indevido, contra-usos que, muitas vezes, afetarão a continuidade do bem enquanto prática cultural tradicional. Assim, do mesmo modo como se impede um particular ou o próprio Estado de demolir um monumento tombado, deve-se impedir que terceiros se apropriem indevidamente de conhecimentos, saberes, práticas, lugares, etc, que foram consagrados como patrimônio cultural imaterial do Brasil (QUEIROZ, 2016, p. 86-87).

A interpretação formalista da defesa da inadequabilidade da espécie normativa do Decreto para disciplinar o Registro parece não opor

resistência aos casos em que a comunidade, com a qual o Poder Público divide a tarefa de proteger o patrimônio, interpreta a inscrição de um bem imaterial como garantia de seus direitos culturais. Nesse sentido, o IPHAN vem modificando o seu entendimento inicial de que o Registro não faria mais do que titular bens imateriais como brasileiros e instituir o PNPI.

A prática da salvaguarda e o chamamento a agir, como mediador ou interventor em casos nos quais detentores e produtores de bens imateriais se veem em disputas jurídicas com outros órgãos estatais e terceiros interessados em explorar economicamente suas expressões e conhecimentos, vêm fazendo com que a Autarquia adote, em suas ações, orientações prévias para prevenções de conflitos ou indicadores de sua ocorrência. Em alguns casos, como se verá, os próprios particulares, administrativamente, evitam a transformação do choque de interesses em demandas judicializáveis frente ao uso que detentores e produtores de bens imateriais fazem do Registro do PCI.

Ultrapassada a questão da adequabilidade do Decreto, é mister compreender o processo do Registro do PCI, assim também averiguar quais seus princípios e que efeitos são produzidos a partir da inscrição de um bem imaterial em quaisquer de seus Livros.

3.3 O processo do Registro do Patrimônio Cultural Imaterial do Decreto nº 3.551/2000

O Registro é um mecanismo administrativo de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, decorrente de procedimentos infralegais, no qual o Poder Público, mediante ato declaratório de inscrição em quaisquer de seus Livros, e garantida a participação comunitária, identifica, reconhece e valoriza expressões, manifestações, saberes, celebrações e lugares de referência cultural para quaisquer dos grupos formadores da sociedade brasileira, dentre outras maneiras de exprimir a diversidade e o pluralismo dos bens culturais imateriais nacionais, com a finalidade de garantir sua continuidade histórica e promover sua transmissão intergeracional, difusão e sustentabilidade, por meio de políticas culturais. De acordo com Mário Pragmácio (2007, p. 51), o Registro do PCI é a:

[...] ação do Poder Público com a finalidade de identificar, reconhecer e valorizar as manifestações culturais e os lugares onde estas se realizam, os saberes e as formas de expressões dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira,

levando-se em consideração o binômio mutação-continuidade histórica do patrimônio cultural imaterial.

O Decreto nº 3551/2000 instituiu um processo administrativo próprio, no âmbito da Administração Pública Federal, para seleção de bens imateriais, cujos procedimentos são regulamentados principalmente por seus dispositivos, pelos regulamentos complementares da Resolução do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural nº 01, de 03 de agosto de 2006, e da Resolução nº 1, de 18 de julho de 2013, aplicando-se subsidiariamente os preceitos da Lei nº 9.784/99 que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da União. Apesar de ter praticamente instituído a política de salvaguarda do patrimônio imaterial no âmbito federal, após a criação do PNPI cujos objetivos, princípios e diretrizes traduzem-na como política cultural, o Registro é um instrumento de *macroprocessos* e *processos* (conjuntos de ações e atividades coordenadas e articuladas) do programa, não sendo o único meio exclusivo de realização de suas atividades e finalidades.

Na qualidade de instrumento de salvaguarda, segundo a Portaria IPHAN nº 200, de 18 de maio de 2006 que regulamentou o PNPI, relaciona-se com outros instrumentos complementares que podem ser a ele associados nas suas etapas administrativas de materialização nesses *macroprocessos* e *processos* que o antecedem, atravessam, ou os posteriores decorrentes do ato protetivo. Para melhor elucidação do processo do Registro, é mister compreender anteriormente a arquitetura político-jurídica do PNPI, ainda que as características de cada uma de suas partes sejam analisadas *a posteriori*.

O Programa Nacional do Patrimônio Imaterial é executado a partir de três *macroprocessos*: a) *Identificação de Bens Culturais de Natureza Imaterial*; b) *Reconhecimento de Bens Culturais de Natureza Imaterial*; e c) *Apoio e Fomento a Bens Culturais de Natureza Imaterial* (art. 7º da Portaria nº 200/16). Os *macroprocessos* são *interdependentes*, correlacionados de maneira conjunta, e marcados pela *complementariedade* mútua. Cada um deles possui *processos* e *instrumentos* de realização correspondentes, o que não significa que as especificidades a cada um relacionadas impeçam que outros instrumentos ou metodologias sejam adotados como mais adequados a executarem ações de salvaguarda que demandem adaptações de acordo com a natureza do objeto ou mesmo da iniciativa (art. 7º, §§ 1º e 5º, da Portaria nº 200/16). Além disso, reforça-se que novos instrumentos podem ser

criados, a qualquer tempo, para atender as necessidades da política de salvaguarda.

Contudo, o *macroprocesso* de Identificação é o único que condiciona o de Reconhecimento. Reconhecer bens culturais imateriais implica na anterioridade da execução de ações de identificação, obrigatoriamente, pois elas são *subsidiárias* no processo de declaratório dos valores que compõem as referências culturais brasileiras. Porém, cumpre igual papel nas ações de salvaguarda de bens registrados. No *macroprocesso* de Apoio e Fomento, cuja característica principal é a *transversalidade*, podendo ser desenvolvido durante as inventariações e o Registro do PCI, ou seja, nos *macroprocessos* de Identificação e Reconhecimento, também podem ocorrer ações identificadoras nos Planos de Salvaguarda (art. 7º, §§ 3º e 4º, da Portaria nº 200/16).

O *macroprocesso* de Identificação tem como *processos*: a) *identificar bens culturais de natureza imaterial*, que designa a atividade mais geral de produção de conhecimento e documentação englobando pesquisas que não estão diretamente vinculadas ao INRC e ao INDL; b) *aplicar o Inventário Nacional de Referências Culturais*, que se refere ao conjunto de atividades em torno da aplicação desse instrumento-metodologia nas “atividades técnicas de análise, acompanhamento, avaliação de produtos, mobilização e participação em ações devolutivas” (art. 8º, §1º, inciso II, da Portaria nº 200/16) e; c) *aplicar o Guia de Pesquisa e Documentação para o Inventário Nacional da Diversidade Linguística – INDL* (Decreto Federal nº 7.387, de 09 de dezembro de 2010), cuja função é mesma do INRC, mas utilizado segundo seu regulamento e método apenas para identificação e documentação de línguas. Segundo a Portaria nº 200/16, os principais *instrumentos* do *macroprocesso* de Identificação e dos *processos* acima descritos são o INRC e o Guia-INDL.

Em relação ao *macroprocesso* de Reconhecimento, seu principal objetivo é reconhecer bens culturais imateriais e valorizá-los. A ele estão relacionados quatro *processos*, nos quais se inclui o próprio Registro do PCI: a) *registrar bens de natureza imaterial*, que se refere às atividades associadas ao uso do mecanismo regulamentado pelo Decreto nº 3.551/2000 e normas complementares do Conselho Consultivo e do IPHAN; b) *revalidar bens culturais registrados*, que trata das ações compreendidas na avaliação da renovação do título de Patrimônio Cultural Brasileiro ao bem registrado com averiguação de sua continuidade no tempo-espaço como referência cultural; c) *incluir línguas no INDL*, que compreende as atividades de inscrição das línguas reconhecidas como bens culturais no próprio inventário; e d) *apoiar*

candidaturas às Listas da Convenção da UNESCO de 2003, cujas ações compreendem o pleito para inserção de certos bens na Lista Representativa do Patrimônio Imaterial, na Lista de Bens em Necessidade de Salvaguarda Urgente e na Lista de Boas Práticas⁹³. Aparecem como

⁹³ Essas Listas foram criadas pela Convenção para Salvaguarda do PCI para se afastar de um programa anterior da UNESCO que abordava os bens culturais imateriais como “obras-primas” (Lista de Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade), tal qual a Convenção do Patrimônio Mundial de 1972 selecionava os bens materiais por seu valor universal, de excepcionalidade e autenticidade (LIXINSKI, 2013, p. 50) para ingressar na Lista do Patrimônio Mundial. Embora tenham inspiração direta na Convenção de 72, dela diferem na própria noção de patrimônio cultural que migrou do universo excepcional e autêntico do material para o da representatividade de expressões e manifestações imateriais (CABRAL, 2011, p. 103). O próprio emprego da universalidade como critério para integração da Lista Mundial causou distorções na distribuição geográfica de bens pelo mundo, evidenciando as diferenças entre os países do continente Europeu e da América do Norte e das demais nações dos continentes mais pobres ou subdesenvolvidos. É certo que, desde a década de 1990, as orientações para inscrição na Lista do Patrimônio da Humanidade vêm tentando incorporar o aspecto imaterial na avaliação das candidaturas, a partir da ideia de indissociabilidade entre patrimônio material e imaterial, porém, o que se viu, foi a predominância da aferição de valor por meio da autenticidade (CABRAL, 2011, p. 98-100; RODRIGUES, 2012c, p. 297-301). Em 1994, esses esforços tentam dar outra conotação ao conceito de autenticidade da Convenção de 72 com o Documento de Nara que oferta outra interpretação aos critérios fixos e rígidos do bem considerado autêntico: “8. Todas as culturas e todas as sociedades estão enraizadas em formas e em meios particulares de expressão tangível e intangível que constituem o seu patrimônio, e que devem ser respeitados. [...] 13. Todos os julgamentos acerca de valores atribuídos às propriedades culturais, bem como a credibilidade das correspondentes fontes de informação, podem diferir de cultura para cultura, e mesmo dentro de cada cultura. Não é, por isso, possível basearem-se os julgamentos de valores e de autenticidade de acordo com critérios fixos. Pelo contrário, o respeito devido a todas as culturas exige que as propriedades de patrimônio sejam consideradas e julgadas dentro dos contextos culturais a que pertencem”. Em face da natureza dinâmica, mutável e processual do PCI, percebe-se que, não obstante a construção da diretiva da UNESCO, do ICOMOS e do Centro Internacional para o Estudo da Preservação e Restauro de Bens Culturais – ICCROM, para interpretação da

instrumentos básicos deste *macroprocesso* o próprio Registro do PCI, do Decreto nº 3.551/2000, e o Inventário Nacional da Diversidade Linguística, do Decreto nº 7.387/2010.

Por fim, o *macroprocesso* de Apoio e Fomento, cujo objetivo é assegurar as atividades de promoção e difusão de bens culturais imateriais e ações de sustentabilidade para garantir sua continuidade, possui quatro *processos*: a) *realizar ações e Planos de Salvaguarda de Bens Culturais Registrados*, que se refere à promoção das condições materiais e sociais que assegurem a transmissibilidade geracional do bem imaterial e sua reprodução, cujos procedimentos estão no Termo de Referência para Salvaguarda de Bens Registrados, instituído pela Portaria IPHAN nº 299, de 17 de julho de 2015; b) *promover ações de apoio e fomento*, que se destina a apoiar bens culturais imateriais que ainda não são objetos de inventário ou registro, inclusive os em situação de risco, ou a aplicação desses instrumentos se encontra em curso, por meio de editais que garantem acesso a recursos financeiros do Poder Público; c) *monitorar e avaliar ações e Planos de Salvaguarda*, que se refere à produção de informações técnicas e gerenciais sobre ações desenvolvidas pelo IPHAN para bens culturais imateriais objetos do Registro, bem como as análises de sua eficiência e eficácia; e d) *promover a difusão das ações de Salvaguarda*, em que se compreendem a publicidade e a divulgação das políticas voltadas aos bens registrados. Este *macroprocesso*, tem dentre seus instrumentos de *apoio e fomento propriamente ditos*, as Ações de Salvaguarda, o Plano de Salvaguarda e o Edital do PNPI.

A própria Política de Salvaguarda do PCI tem seus instrumentos de *avaliação e gestão*, quais sejam os Sistemas de Monitoramento e Avaliação das ações desenvolvidas nos *macroprocessos* de Identificação e Reconhecimento e da execução das ações voltadas particularmente à singularidade dos bens imateriais registrados.

Portanto, a análise dos efeitos do Registro do PCI não se esgota na inscrição do bem cultural imaterial em um de seus livros, ou em seu reconhecimento e sua valorização por meio da titulação de patrimônio cultural brasileiro. No plano macro da política de salvaguarda, o mecanismo integra a etapa de Reconhecimento de um bem, mas que é antecedida por uma fase de Identificação que envolve a aplicação de instrumentos complementares prévios, como o Inventário Nacional de Referências Culturais, e posteriores, decorrentes do ato protetivo, tais quais as ações e os planos de salvaguarda. Embora o Registro seja

Convenção de 72, o critério de autenticidade é inadequado e irrelevante para o PCI.

autônomo, da interrelação e entrelaçamento dos instrumentos dos outros *macroprocessos* e *processos* depende a efetividade da política de salvaguarda do PCI.

Então, no desenvolvimento do processo do Registro, do pedido ao ato declaratório final, o mecanismo é entrecruzado por outros instrumentos que lhe prestam auxílio ou mesmo eficácia no que se refere à valorização dos bens imateriais registrados. Essas ponderações iniciais são imprescindíveis para análise do processo do Registro do PCI.

O Registro possui duas fases: a) *instrução*, que compreende a *abertura* do processo mediante requerimento das partes legitimadas, a *avaliação técnica preliminar* do IPHAN que será encaminhada à Câmara do Patrimônio Imaterial⁹⁴ do Conselho para decidir sobre a pertinência ou não do pedido e a *instrução técnica* que consiste na documentação, na produção e sistematização de conhecimentos e documentação sobre o bem cultural, de responsabilidade do IPHAN ou por ele acompanhada ou supervisionada, quando realizada pelo proponente, ou instituições pública e privadas com *know-how* acerca do bem intangível a ser registrado; e b) *decisória*, que se resume, após a conclusão da instrução técnica, das análises da Procuradoria Federal e do IPHAN, e da publicação no Diário Oficial da União de Aviso Prévio informando à sociedade para que se manifeste acerca do pedido de salvaguarda do bem, à apreciação e decisão final do Conselho Consultivo sobre a inscrição ou não do bem imaterial em um ou mais Livros.

A aferição do valor cultural de um bem imaterial no processo do Registro obedece a requisitos *formais* e *materiais*. Os requisitos formais são compreendidos a partir dos procedimentos administrativos que resultam na concessão do título de patrimônio cultural brasileiro, e os materiais dizem respeito às características fundamentais dos bens

⁹⁴ Esta fração do Conselho Consultivo tem caráter permanente e foi criada pela Resolução nº 01/2006. É formada por quatro conselheiros com *expertise* no patrimônio cultural imaterial, portanto é um órgão formulado pelo critério da pertinência temática da atuação de seus membros e na enumeração de suas atribuições. Ainda assim, é assistida por servidores do IPHAN e pode convidar especialistas externos ou servidores federais para auxiliá-los em assuntos específicos. É competente para o *exame preliminar* dos pedidos de Registro e colabora com o IPHAN na execução da política de salvaguarda, na indicação de instituições capazes para realizar a *instrução técnica* e se manifesta sobre abertura de novos livros, dentre outras atribuições determinadas pelo processo da Resolução nº 01/2006.

candidatos, que serão analisados pelo Conselho Consultivo em sua decisão final (TELLES, 2010, p. 67).

O pontapé inicial para instauração do processo de Registro dá-se com a apresentação de requerimento, por quaisquer partes legitimadas para propositura da salvaguarda, direcionada à Presidência do IPHAN, ainda que encaminhada por intermédio de suas superintendências na federação. Segundo o artigo 3º do Decreto 3.551/2000, são partes legítimas o Ministro de Estado da Cultura, instituições vinculadas ao Ministério da Cultura, as Secretarias de Estado, de Município e do Distrito Federal e sociedades ou associações civis.

Em não havendo Secretaria da Cultura, órgão de gestão específico, será parte legítima aquele órgão ou entidade da administração pública indireta de Estados, Municípios e do Distrito Federal, que tenham competência legal relativa à proteção, preservação, promoção e difusão da cultura, para requerer o Registro do bem imaterial. A legitimidade, nesse caso, não será *ratione loci*, pois a dinâmica e a abrangência de certos bens imateriais não respeita os limites territoriais entre os entes da federação. Contudo, na prática, quando há apresentação de pedidos por essas partes, sempre estão adstritos ao patrimônio imaterial referente a limites geográficos particulares locais, ou que fazem parte de uma região à qual o Estado ou Município pertencem, mas tem como referências culturais localizações de seus territórios.

A Resolução nº 01/2006, no que concerne à representação da sociedade civil, menciona apenas as associações, porém pela hierarquia normativa prevalece o disposto no Decreto que abrange também as sociedades classificadas pelo antigo Código Civil de 1916.

O pedido deve ser acompanhado, necessariamente, de uma documentação mínima, sem a qual é impossível o processo prosseguir, e da identificação do requerente. Não são formalidades sem fundamento. Além do motivo determinante para o requerimento, o proponente encarrega-se de antecipar e fornecer ao IPHAN, na *avaliação técnica preliminar* informações básicas precedentes sobre o bem, documentação mínima, referências bibliográficas, identificação dos sujeitos sociais envolvidos em sua prática, bem como documento que expresse a anuência da representação da comunidade ou dos seus membros que produza o bem no Registro deste patrimônio (art. 4º da Resolução nº 01/2006). Compreende-se que não importa se a parte legítima for associação civil que represente o interesse dos associados pertencentes a uma ou mais comunidades detentoras do bem, é necessário que o pedido seja acompanhado de declarações formais de seus membros que comprovem o consentimento prévio.

Na hipótese de insuficiência documental na qual o proponente não tenha anexado todas as informações mínimas requisitadas, o IPHAN officia o requerente para, no prazo de 30 (trinta) dias após o recebimento, complementá-la. Em não procedendo à solicitação da Autarquia, o pedido é arquivado. No caso de estar suficientemente instruído ou de ter sido regularmente complementado, o processo administrativo segue para *avaliação técnica preliminar* do IPHAN, que indicará previamente instituição externa ou quaisquer de suas unidades para proceder com a *instrução técnica*. A Câmara do Patrimônio Imaterial do Conselho Consultivo avaliará, antes da última fase da *instrução*, se há pertinência no requerimento e procedência na indicação (art. 6º da Resolução nº 01/2006).

Se a apreciação do órgão setorial do Conselho for negativa, julgado improcedente o pedido, a deliberação é obrigatoriamente enviada ao pleno do Conselho Consultivo para decisão contrária à orientação ou confirmação do entendimento. Isso porque, pelo Regimento Interno do órgão colegiado, as Câmaras Setoriais não têm poder decisório, apenas subsidiam o plenário (artigo 19 da Portaria IPHAN nº 486, de 29 de novembro de 2012). Em quaisquer das duas hipóteses o IPHAN adotará providências. Se mantida a improcedência, o requerimento é arquivado. Em outro sentido, se o pedido for julgado pertinente pela Câmara ou pelo julgamento revisor do Conselho, o IPHAN notificará o requerente para que se inicie à *instrução* do processo.

De acordo com o artigo 7º da Resolução nº 01/2006 e o artigo 18 do Decreto nº 6.844/2009, a responsabilidade pela *instrução técnica* é do Departamento de Patrimônio Imaterial⁹⁵. Porém, o órgão do IPHAN

⁹⁵ O Departamento de Patrimônio Imaterial é consequência direta da criação do Registro, no âmbito da organização administrativa do IPHAN. Um novo olhar sobre o patrimônio cultural necessitava de novos quadros técnicos e concursos públicos para atender as demandas de reconhecimento que surgiriam. No Decreto nº 4.811, de 19 de agosto de 2003, foi criado o Departamento do Patrimônio Imaterial e Documentação de Bens Culturais juntamente com a integração do CNFCP ao IPHAN. Nesse início, quanto ao processo de Registro, sua competência era de orientar a formulação e a execução das ações de instrução para reconhecimento e emissão de parecer sobre as propostas. Em 2004, o Decreto nº 5.040, substituiu esse Departamento pelo DPI cujas funções se ampliaram para o acompanhamento da *instrução técnica*, mantendo as demais. Hoje, pelo artigo 18 do Decreto nº 6.844/2009, o DPI é basicamente o responsável por integrar e gerir a

poderá delegar esta obrigação ao requerente ou a instituições públicas ou privadas, desde que possuam comprovadamente competência técnica para essa finalidade (artigo 3º, §3º do Decreto nº 3.551/2000). Trata-se de ato formal no qual se ouve previamente a Câmara do Patrimônio Imaterial. Na hipótese de delegação, o IPHAN agirá como supervisor, mas poderá requerer complementação da instrução ou mesmo complementá-la quando julgá-la insuficiente (artigo 3º, §1º do Decreto nº 3.551/2000 e artigo 8º da Resolução nº 01/2016). Ainda que o proponente não tenha como financiar a *instrução técnica*, o IPHAN pode se valer dos seus recursos orçamentários, de outras instituições públicas ou privadas, ou dos instrumentos do *macroprocesso* de salvaguarda de Apoio e Fomento do PNPI para que ela se realize.

O artigo 9º da Resolução nº 01/2006 define a *instrução técnica* do processo administrativo como fase de “produção e sistematização de conhecimentos e documentação” acerca do bem imaterial candidato ao Registro. Em verdade, à última etapa da *instrução*, soma-se a documentação mínima produzida pelo proponente na instauração. Igualmente, tem caráter obrigatório:

- I. descrição pormenorizada do bem que possibilite a apreensão de sua complexidade e contemple a identificação de atores e significados atribuídos ao bem; processos de produção, circulação e consumo; contexto cultural específico e outras informações pertinentes;
- II. referências à formação e continuidade histórica do bem, assim como às transformações ocorridas ao longo do tempo;
- III. referências bibliográficas e documentais pertinentes;

execução dos *macroprocessos* de Identificação, Reconhecimento e Apoio e Fomento do PNPI, mantendo, quanto ao instrumento de salvaguarda em análise, a competência de acompanhar a instrução técnica e de apreciar os pedidos. O Departamento inicialmente foi dividido em três Gerências, equivalentes aos *macroprocessos* do PNPI: Identificação, responsável pelo INRC; Registro, competente para acompanhar a instrução e o processo do mecanismo que designa a unidade; e Apoio e Fomento, responsável pela execução e acompanhamento de ações, planos de salvaguarda e os editais do Programa. Porém, o Decreto nº 6.844/2009 condensou as duas primeiras gerências na Coordenação-Geral de Identificação e Registro e criou uma Coordenação-Geral de Salvaguarda.

- IV. produção de registros audiovisuais de caráter etnográfico que contemplem os aspectos culturalmente relevantes do bem, a exemplo dos mencionados nos itens I e II deste artigo;
- V. reunião de publicações, registros audiovisuais existentes, materiais informativos em diferentes mídias e outros produtos que complementem a instrução e ampliem o conhecimento sobre o bem;
- VI. avaliação das condições em que o bem se encontra, com descrição e análise de riscos potenciais e efetivos à sua continuidade;
- VII. proposição de ações para a salvaguarda do bem.

A Resolução nº 01/2006 determina que a *instrução técnica* deve ser realizada no prazo peremptório de até 18 (dezoito) meses, contados da avaliação da pertinência do pedido pela Câmara do Patrimônio Imaterial, podendo, justificadamente, ser dilatado em prorrogação de prazo determinado. Critica-se a eleição do início do prazo por essa avaliação do órgão setorial, tendo em vista que a decisão final sobre a pertinência da indicação é do Conselho Consultivo. Outrossim, na prática, o prazo não tem sido cumprido, sendo na verdade exíguo diante do que se apresenta na realidade.

Em pesquisa sobre a duração dos processos de registro de bens, entre 2001 e 2013, ainda que o ponto de partida seja a data da apresentação do pedido, Maria Amélia Corá (2014, p. 201) constatou que somente os registros do modo de fazer da viola-de-cocho, do ofício das Paneleiras de Goiabeiras, da Cachoeira de lauretê, da Feira de Caruaru, do Frevo e das Matrizes do Samba do Rio de Janeiro, dentre os 29 (vinte e nove) até então existentes, obedeceram ao prazo. Alguns chegaram a 100 (cem) meses, como o registro do Toque dos Sinos e do ofício de Sineiro. Vale ressaltar que, entre os bens registrados que cumpriram o prazo previsto de *instrução técnica*, apenas o das Matrizes do Samba fora iniciado e finalizado sob a vigência da Resolução nº 01/2006.

Justifica-se o atraso com base na singularidade complexa de cada processo de registro, pois há trabalhos de pesquisa e documentação que são mais longos, tendo em vista a própria dinâmica do bem cultural imaterial. Há celebrações, por exemplo, que só ocorrem em determinado período do ano, o que compromete a produção audiovisual etnográfica ou as análises do contexto cultural no qual se encontra. Além disso, há atrasos na contratação de empresas para realização da etapa, já que o IPHAN não possui quadros suficientes para cumprir com o desiderato da

produção de conhecimento e informações sobre os bens culturais imateriais (CORÁ, 2014, p. 202-203). De acordo com Maria Amélia Corá (2014, p. 197):

[...] a complexidade do processo de registro faz com que não haja uma previsão exata para a finalização do processo; isso, porque cada processo depende da situação em que o bem cultural se encontra, a dimensão territorial do registro, a mobilização da base social e os recursos financeiros e humanos para dar andamento às pesquisas e ao inventário necessário na composição final do dossiê que será avaliado pelos conselheiros do IPHAN a fim de julgar a pertinência do bem cultural.

Desse modo, como solução, o tempo para *instrução técnica* deveria ser revisto, ou ampliado, ou apenas prescrito como horizonte de previsão para não frustrar a expectativa dos detentores dos bens, assim como para não comprometer a salvaguarda de bens imateriais que se encontrem em situação de risco e o *macroprocesso* de Apoio e Fomento.

Outra crítica gerada nessa fase é que essa construção de conhecimento sobre o bem imaterial parece levar em conta somente pesquisas e métodos científicos formulados por especialistas, cientistas sociais, antropólogos, técnicos do IPHAN e Conselheiros, ignorando o potencial gerador de saberes advindos dos detentores. Dessa maneira, a participação popular não pode estar ausente também da *instrução técnica*. Segundo Hermano Queiroz (2016, p. 111), houve modificação desse comportamento do IPHAN na disponibilização de consulta pública para receber contribuições no dossiê do Inventário sobre o Carimbó, a fim de que o Conselho, na fase decisória, incorporasse as informações mais relevantes.

Como meios de precaução e prevenção de conflitos, a Resolução nº 01/2006 estabelece que os responsáveis pela produção da *instrução técnica* e seus materiais devem ceder, a título gratuito ao IPHAN, os direitos autorais sobre as obras intelectuais produzidas, com a finalidade de ulterior promoção, difusão, uso e reprodução de produtos e subprodutos resultantes da sistematização dos conhecimentos sobre o bem cultural. Assim também, as autorizações para uso de imagens e fixação de sons e falas durante o Registro devem ser recolhidas. Da perspectiva dos responsáveis contratados para realização da *instrução técnica*, parece consequência natural de um contrato de uma obra sob encomenda do Poder Público ou com recursos de natureza pública, ou

ainda para atender a essa finalidade pública, que haja a cessão, nos termos do artigo 111 da Lei de Licitações⁹⁶, estando a onerosidade presente no objeto da prestação do serviço especializado, daí porque não faz sentido que se a qualifique como gratuita. Por outro lado, colaborações, entrevistas, registros audiovisuais, fotográficos, materiais informativos recolhidos e levantados pelos pesquisadores, se utilizados pelo IPHAN para os fins de promoção do Registro do PCI, devem vir acompanhados de termos de cessão ou autorizações gratuitos, para não incorrer na responsabilização civil por violação de direitos de autor ou da personalidade.

Essa conduta é adotada também no uso da metodologia do INRC. O Inventário Nacional de Referências Culturais é regularmente empregado por partes legítimas, principalmente as pertencentes ao Poder Público, para requerer a instauração do processo de Registro do PCI, juntamente com as pesquisas do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular, assim como também na fase de *instrução técnica* para sistematização de conhecimentos acerca do bem imaterial a ser registrado. Tanto assim que a Instrução Normativa do IPHAN nº 01, de 02 de março de 2009, disciplinou a sua utilização por terceiros, isto é, seu uso por pessoas físicas ou jurídicas externas à Autarquia.

⁹⁶ “Art. 111. A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração. Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.” A cessão é compatível com a garantia do direito de acesso à cultura, tampouco não implica na ocorrência da vedação do artigo 6º da Lei de Direitos Autorais de que não serão do domínio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios as obras por ele subvencionadas, pois não se trata de mero apoio ou incentivo, mas de contrato sob encomenda para produção de resultados que serão difundidos e promovidos cujo direito à paternidade dos autores será respeitado. De outro modo, não há restrição aos autores dos produtos e subprodutos da instrução técnica de que os utilizem para outros fins que não os mencionados na Resolução nº 01/2016, respeitando o princípio da independência das modalidades de uso das obras intelectuais constante no artigo 31 da LDA.

A autorização para o uso do INRC só pode ser concedida se o solicitante assinar Termo de Responsabilidade se comprometendo a colher termos de cessão de direitos autorais sobre as obras intelectuais produzidas na identificação dos bens e de autorização de imagens, sons e voz. O IPHAN declara no Termo de Compromisso para o Uso do INRC, anexo à IN nº 01/2009, que se trata de proprietário da metodologia, possuindo o direito exclusivo de concessão de licenças e autorizações para sua utilização.

A instituição solicitante declara ainda estar ciente de que a referida metodologia de inventário pertence exclusivamente ao IPHAN, não podendo ser aplicado sem sua prévia autorização tampouco ser transferido a terceiros. Caso haja interesse na aplicação desta metodologia em outros projetos, a instituição deverá solicitar novamente autorização expressa do IPHAN.

O Termo traz algumas obrigações para o IPHAN, como a de capacitar a equipe do solicitante para o uso adequado da metodologia. Porém, as responsabilidades dos usuários são bem maiores, como as que envolvem o envio periódico de relatórios em cada fase do inventário à Gerência de Identificação do DPI e à base de dados do INRC, e a entrega dos produtos do inventário ao IPHAN e às comunidades ou grupos inventariados. Como sanção administrativa da não entrega, o IPHAN pode revogar a autorização, não podendo o solicitante requerer nova utilização em outro objeto de estudo se não apresentar os documentos e as informações requisitadas pela Autarquia. O uso do INRC também condiciona o solicitante a requerer ao IPHAN e às comunidades pesquisadas anuência prévia para divulgação de dados obtidos sobre os bens imateriais pesquisados, processos de produção e produtores, não devendo fazer menção ao nome, marca ou qualquer outro meio de identificação da Autarquia em conexão com seus negócios ou para outros fins, à exceção daqueles casos expressamente autorizados (artigos 10 e 11 da IN nº 01/2009).

Embora se justifique a adoção do Termo de Compromisso como forma de controle e monitoramento do Poder Público sobre o emprego do inventário, a IN nº 01/2009 choca-se com o artigo 8º, inciso I, da LDA que não confere proteção, via direitos autorais, a métodos ou a metodologias. São objetos que estão no domínio público de uso como as ideias, sistemas e procedimentos normativos. Por isso, é despiendo declarar como exclusivo os poderes do IPHAN sobre o INRC. A própria

IN nº 01/2009, em seu artigo 8º, inciso III, admite a possibilidade de que a superveniência de norma legal possa tornar a autorização de uso formal ou materialmente inexecutável. Por enquanto, incorre em ilegalidade quanto a essa exigência desproporcional, havendo outros meios pelos quais o IPHAN possa ter vigilância sobre a correta empregabilidade do INRC.

Ultimado o INRC ou qualquer outra metodologia de pesquisa e documentação, o trabalho final é sistematizado em um *dossiê* que integra o processo físico do Registro do PCI (artigo 11 da Resolução nº 01/2006). Ele é a síntese organizada dos principais documentos, informações, conhecimentos, registros fotográficos e audiovisuais, produzidos e coletados desde a instauração até a fase final da *instrução técnica*. A versão final somente é aprovada com parecer técnico do IPHAN quando se encerra a fase de *instrução*.

Ao fim e ao cabo, após a fase de instrução, o processo é submetido a parecer da Procuradoria Federal, que observará a regularidade formal dos procedimentos e os aspectos materiais do bem cultural imaterial a ser registrado. Junto ao parecer jurídico, há também emissão de parecer técnico conclusivo do IPHAN, formulado pelo DPI, cujo extrato é publicado na forma de Aviso Prévio no Diário Oficial da União para que, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data da publicação, a sociedade se manifeste sobre a concordância ou não com o Registro. As manifestações formais são dirigidas à Presidência do IPHAN, mas encaminhadas ao Conselho Consultivo para avaliação e decisão final.

Dentre os processos de Registro analisados, no reconhecimento do modo artesanal de fazer o Queijo de Minas nas regiões do Serro e das Serras da Canastra e do Salitre/Alto Parnaíba houve mobilização social para se opor à amplitude geográfica da localização do *savoir-faire*, durante o prazo do Aviso publicado no DOU. O pedido inicial restringia-se ao modo de fazer o Queijo da região do Serro, sendo, após os estudos do INRC, ampliado por proposta do DPI para outras regiões do Estado de Minas Gerais. Como a Associação dos Amigos do Serro acreditava que cada tipo de queijo produzido em cada uma das regiões merecia registro específico, impugnou a extensão, mas sem sucesso.

Após o prazo decadencial, a Presidência do IPHAN levará o processo ao Conselho Consultivo, designando previamente um Relator, podendo, a critério do pleno, convocar audiência pública para discutir as manifestações da sociedade civil, caso existam. Na hipótese de decisão final desfavorável ao registro, o IPHAN arquiva o processo e notifica formalmente o proponente sobre o ato negativo. Não há previsão de autoridade recursal de análise de mérito contra o arquivamento, nem

prazo para recurso, pois o Conselho é, em si, a instância decisória final que representa a conjunção do Poder Público com a comunidade, prevista constitucionalmente, na execução dos instrumentos de proteção ao patrimônio cultural. Qualquer instância recursal existente deve possuir o mesmo estatuto democrático de constituição, portanto afasta-se a possibilidade de se recorrer ao poder unilateral da Chefia do Poder Executivo.

Porém, aplicando subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, as partes legitimadas para instaurar o Registro podem recorrer administrativamente para que o Conselho reconsidere sua decisão, no prazo de 10 (dez) dias contados da notificação do proponente. Nada impede, igualmente, que havendo indício de ilegalidade nos procedimentos do Registro, o próprio Conselho reveja sua decisão de ofício.

Se a decisão do Conselho Consultivo for favorável, o ato de reconhecimento tem força *a priori* declaratória, sendo assinalado por todos os Conselheiros presentes na reunião decisória e anexado ao processo do Registro do PCI. A decisão indica o Livro no qual o bem será inscrito pelo IPHAN, de acordo com sua natureza, emitindo uma Certidão atestando os efeitos imediatos declaratórios e recebendo o título, em documento próprio, de “Patrimônio Cultural do Brasil”. O teor dessa decisão também será publicado no DOU.

O Decreto nº 3.551/2000, no § 1º do artigo 1º, fixou um rol exemplificativo de Livros cujas descrições correspondem às características dos diversos tipos de bens culturais imateriais. São quatro: o Livro do Saberes, no qual são reconhecidos os modos de saber-fazer e os conhecimentos tradicionais presentes no cotidiano das comunidades; o Livro das Celebrações, no qual são inscritos festas e/ou rituais religiosos ou laicos que traduzem o trabalho, o entretenimento e outras práticas da vida em sociedade de grupos e comunidades tradicionais; o Livro das Formas de Expressões, no qual estão descritos os produtos do exercício da liberdade de criação, expressão e manifestação cultural de coletividades como a literatura, a música, as artes plásticas, cênicas e lúdicas etc.; e o Livro dos Lugares, onde são registrados os espaços culturais da vivência cotidiana coletiva como feiras, mercados, praças, santuários, dentre outros. Em virtude das características já delineadas no regulamento do Registro do PCI, tendencialmente a aplicação do INRC no *macroprocesso* de Identificação é realizada a fim de apontar previamente o *locus* preferencial onde o bem será inscrito ou se a inscrição será feita em mais de um Livro:

As particularidades de cada um dos quatro Livros de Registro obrigam, no decorrer do processo de inventário, a observação das características que melhor representam o bem cultural. Isso significa dizer que à medida que as informações vão sendo sistematizadas na pesquisa, alguns elementos vão sendo levantados e, a partir deles, vai se definindo em qual dos livros deve ser feito o registro do bem cultural.

[...] os elementos apontados como sendo essenciais para existência do bem cultural auxiliaram na escolha do Livro de Registro, daí a ocorrência de bens culturais em mais de um livro simultaneamente (CORÁ, 2014, p. 185-186).

Como visto anteriormente, um pedido de reconhecimento pode resultar em um *duplo registro* com inscrição em Livros distintos. Caso o bem cultural imaterial, por sua natureza, não possa ser inscrito em quaisquer dos Livros existentes, o Decreto nº 3.551/2000 prevê a abertura de outros⁹⁷. Pela Resolução nº 01/2006 e pelo artigo 5º do Decreto nº

⁹⁷ Até o fechamento desta tese, não houve criação de qualquer novo Livro para o Registro. No entanto, Estados e Municípios repetem essa hipótese em suas regulamentações do registro do PCI, no âmbito de suas competências. Destaca-se, no Município do Rio de Janeiro, a criação do Livro do Registro das *Atividades Econômicas Tradicionais e Notáveis*, através do Decreto Municipal nº 37.273, de 12 de junho de 2013. Este regulamento executivo da Lei Municipal nº 3.947, de 16 de março 2005, que instituiu o registro do patrimônio cultural imaterial carioca, substituindo o disciplinamento do Decreto nº 23.162, de 21 de julho de 2003, criou o Sítio Cultural da Rua da Carioca, tombou imóveis nela localizados por seus valores históricos e arquitetônicos e reconheceu como bens culturais imateriais as atividades econômicas tradicionais praticadas nas lojas, restaurantes e comércios situados nas unidades imobiliárias objeto do tombamento. Justificou-se a abertura do novo Livro do registro carioca em razão das mudanças e transformações dos perfis das atividades econômicas na área do sítio que ocasionou impactos na ambiência cultural deste importante lugar de referência para a capital fluminense desde o século XVIII. As modificações empreendidas nos negócios da zona da Rua da Carioca e proximidades estavam ameaçando a sustentabilidade de pequenos e médios empresários praticantes de atividades econômicas tradicionais como o comércio de cutelaria, de ferragens e utensílios domésticos, de malas e bolsas, de

3.551/2000, essa demanda é suprida com parecer da Câmara do Patrimônio Imaterial, indicando a necessidade ao Conselho Consultivo que poderá determinar a criação de novo Livro por meio de resolução específica com as categorias correspondentes. Além de conferir a titulação, o Ministério da Cultura, por meio do IPHAN, tem de manter atualizado o Banco de Dados com a documentação produzida para o reconhecimento do bem cultural imaterial registrado, e promover ampla divulgação e promoção. Nesse último caso, isso ocorre por meio da valorização do *macroprocesso* de Apoio e Fomento do PNPI.

Ao contrário do tombamento, o Registro não torna o bem cultural imaterial sujeito permanentemente ao ato declaratório de salvaguarda. O título conferido é submetido, após pelo menos 10 (dez) anos, a um processo de Revalidação semelhante ao de reconhecimento do bem registrado (artigo 7º do Decreto nº 3.551/2000), hoje regulamentado pela Resolução nº 01, de 18 de julho de 2013. Diferentemente do processo de reconhecimento, a instauração da revalidação não é iniciada pelas partes legítimas do Registro, mas pelo IPHAN, através do DPI. A instrução do processo é de competência do Departamento, resultante das atribuições de acompanhamento e monitoramento do bem ao longo tempo, e das Superintendências Estaduais dos territórios nos quais o patrimônio imaterial está localizado.

Na abertura da Revalidação, o DPI informa aos proponentes originários, às comunidades e grupos detentores dos bens, e demais sujeitos que tenham participado do Registrado e às unidades do IPHAN, o início dos procedimentos. Nessa fase, a produção de conhecimento e documentação é atinente aos efeitos gerados no bem após o Registro, em especial no que concerne às ações e planos de salvaguarda, durante o

equipamentos desportivos, de roupas masculinas finas, de equipamentos de proteção de intempéries, de instrumentos musicais e de gêneros alimentícios tais quais padarias, confeitarias e restaurantes. O Registro foi o mecanismo encontrado para estabelecer ações de salvaguarda nos quais o Município, junto com instituições públicas e privadas, criaria meios de conservar as características dessas atividades. Além disso, condicionou, à análise prévia do órgão de tutela municipal de patrimônio, o licenciamento urbano e a concessão de alvarás de quaisquer naturezas que resultem na mudança de uso ou do perfil da atividade econômica exercida nos imóveis identificados pelo Decreto e situados na Rua da Carioca, demonstrando que os efeitos do Registro do PCI não se atêm somente à declaração do reconhecimento de um bem imaterial como de valor referencial nacional, estadual ou local.

período decenal. Em verdade, o que há é uma atualização da documentação sobre o bem imaterial registrado.

Curiosamente, na renovação do título, essa fase instrutória prevê o levantamento de informações pelas próprias comunidades, conforme o artigo 7º da Resolução nº 01/2013, o que não ocorre no Registro. Porém, assim como no processo de reconhecimento, há requisição da renovação do interesse da comunidade através do recolhimento de declarações formais de seus representantes e membros anuindo previamente com a revalidação da titulação.

Dessa feita, o IPHAN dá ampla publicidade à instauração por meio de seu sítio eletrônico e nomeia uma Comissão Temporária para produzir Nota Técnica sobre a complementação e atualização dos dados de identificação do bem imaterial que será enviada à Câmara do Patrimônio Imaterial.

Essa etapa de atualização assemelha-se à fase de *instrução técnica* do Registro. No momento decisório sobre a renovação, a única diferença é que o parecer técnico do IPHAN concentra-se principalmente na continuidade histórica do bem durante o período decenal e que, antes do parecer jurídico da Procuradoria, a opinião acerca da revalidação é submetida à Câmara do Patrimônio Imaterial do Conselho Consultivo para avaliação prévia.

No mais, o IPHAN notifica os proponentes do Registro e participantes do processo de conhecimento do resultado da pertinência da revalidação e do parecer final apresentado à Câmara, e publica Aviso Prévio com extrato do parecer técnico, para que eles e a sociedade se manifestem sobre a renovação do título num prazo de 60 (sessenta) dias, os primeiros contados da ciência formal e a segunda a partir da data de publicação. O que se espera é que seja averiguado dentro da própria dinâmica do bem se há ainda alguma identidade entre ele e os seus detentores ou produtores na vivência da prática social cotidiana, isto é, se a referência cultural permanece viva, contínua no seio dos grupos ou das comunidades. De acordo com consultora da UNESCO que atuava no DPI, em novembro de 2010, para elaboração do sistema de monitoramento e avaliação do PNPI, em entrevista realizada por Maria Amélia Corá (2014, p. 190).

A reavaliação não é para parecer como medo, a reavaliação tem como propósito estimular esse envolvimento da sociedade civil e a atenção voltada para a salvaguarda, então se espera que nesses dez anos esse bem cultural tenha continuidade na dinâmica cultural, mesmo que haja

mudanças, ainda se guardem os valores essenciais para a identidade. E se ao final de dez anos se observar que o bem vital está vital, as pessoas estão interessadas nele, que ele se mantém como ícone de identidade, ela vai ser confirmado por mais dez anos. Mas se esse bem não faz mais sentido, virou um folclore que é dançado na escola, não sendo mais vivido e não havendo interesse da comunidade, ele perde o título e se mantém o registro como marco histórico.

Por fim, quaisquer manifestações da sociedade e dos interessados diretamente na reavaliação são submetidas à decisão final do Conselho Consultivo. Como no processo de Registro, é designado um Relator e há possibilidade de realização de audiência pública. Tanto na hipótese de revalidação quanto na negativa, a decisão é averbada à margem do Livro no qual o bem está inscrito. Se for negada a renovação do título, o bem cultural imaterial é mantido no Registro apenas como referência cultural do seu tempo. Em caso positivo, permanecem as obrigações do Poder Público para com as políticas culturais em torno do bem. A decisão final também está sujeita ao princípio jurídico-administrativo da ampla publicidade⁹⁸.

Além dos *requisitos formais* atinentes aos procedimentos administrativos de reconhecimento do PCI por meio do Registro e de sua revalidação, os bens culturais imateriais para serem registrados tem que atender aos *requisitos materiais* da *continuidade histórica* e da *relevância nacional*.

3.3.1 Os requisitos materiais da continuidade histórica e da relevância nacional

Embora o Decreto do Registro não traga uma definição normativa de bem cultural de natureza imaterial, a Resolução nº 01/2006, que regulamenta o seu procedimento no âmbito do IPHAN, conceitua-os, em seu segundo, considerando como “as criações culturais de caráter dinâmico e processual, fundadas na tradição e manifestadas por indivíduos ou grupos de indivíduos como expressão de sua identidade

⁹⁸ O primeiro bem cultural imaterial revalidado foi a Arte Kusiwa dos índios Wajãpi, na 85ª Reunião do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, ocorrida em 27 de abril de 2017.

cultural e social”. O caráter vivo, mutável e presente do bem imaterial no cotidiano das comunidades influencia, inclusive, na própria concepção da política de salvaguarda, compreendida “como garantia da viabilidade de práticas vivas e passíveis de mudanças às quais grupos humanos específicos atribuem valor patrimonial, noção que se opõe aquela usualmente adotada no âmbito da preservação de bens culturais” (ARANTES, 2009, p. 176).

Na época da elaboração do Decreto, a Comissão (VILAÇA et. al., 1999, p. 73) imaginava que o Conselho seria o intérprete jurídico autorizado a atualizar o conceito de bem imaterial – à maneira do *common law*, mas encarando o órgão colegiado como um Tribunal Administrativo –, a partir da jurisprudência administrativa que iria ser criada na prática decisória da inscrição nos Livros do Registro. Isso porque encaravam qualquer definição normativa apriorística como dogmática, que nem acompanharia o conceito de patrimônio cultural da Constituição Federal de 1998, tampouco a gama de pedidos de registro de bens que estava por vir. Não havia igualmente como prever adoção da Convenção de Salvaguarda do PCI pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na direção oposta aos valores que usualmente regeram a proteção dos bens culturais materiais, o Registro não se utiliza dos critérios de autenticidade e de notabilidade de expressões, manifestações, saberes, lugares e celebrações tradicionais para reconhecê-los como integrantes do patrimônio cultural brasileiro ou para apoiá-los e fomentá-los por meio das políticas de salvaguarda. Conforme o artigo 1º, § 2º do Decreto nº 3.551/2000, interessa ao processo de reconhecimento a *continuidade histórica* do bem e sua *relevância nacional*, *standards* imprescindíveis para demonstração da sua referência à memória, à identidade e à formação da sociedade brasileira. Na definição de PCI da Convenção da UNESCO de 2003, constante no artigo 2 (1), assim, também, a continuidade histórica é designada como sentimento, ao lado da identidade, gerado pela solidariedade intergeracional dos grupos e comunidades que transformam e modificam constantemente o bem no ato de transmissão. Constava no Relatório Final das Atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial (IPHAN, 2000, p. 19):

A noção de autenticidade deve ser substituída pela idéia de continuidade histórica, identificada por meio de estudos históricos e etnográficos que apontem as características essenciais da manifestação, sua manutenção através do tempo e a tradição à qual se vinculam. Essa noção de continuidade histórica e o reconhecimento da

dinâmica própria de transformação do bem imaterial conduziram à proposição de uma ação fundamental: o acompanhamento periódico da manifestação para avaliação de sua permanência e registro das transformações e interferências em sua trajetória.

Ao contrário da ótica folclorizante e engessada do bem imaterial inalterado no tempo, a mutabilidade de sua continuação histórica acompanha a tradição cujos sentidos atribuídos pela Resolução nº 01/2006 e pela Resolução nº 01/2013 são, respectivamente, de “dizer através do tempo” e de “ato ou efeito de transmitir e entregar”, *in casu*, significando a constância das reiteraões, transformações e atualizações pelas quais as atividades e práticas culturais atravessam. Nesse sentido, “a continuidade histórica preocupa-se com o desenvolvimento e as características do bem candidato ao registro imaterial ao longo do tempo e do espaço que tradicionalmente ocupam” (COSTA, 2011, p. 132).

De acordo com David Oliveira (2011, p. 121), com base na visão de bem cultural de Aloisio Magalhães, o tempo do patrimônio imaterial não é o cronológico. A temporalidade do imaterial é o passado na experiência viva e dinâmica do presente. Daí porque não faz sentido conservá-lo ou preservá-lo a fim de que se mantenham completamente íntegras suas qualidades, formas, ou falar em restauração e reparos. Enquanto os bens culturais materiais sobrevivem como referência ao passado sem necessariamente serem atravessados pela experiência dos grupos sociais, os imateriais encontram na memória viva da referência cotidiana a garantia de sua permanência ainda que mutável (OLIVEIRA, 2011, p. 122).

De nada adiantam os processos e instrumentos de salvaguarda em bens registrados, se não são mais referências culturais para as comunidades e grupos de detentores para quem essas práticas e rituais têm valor simbólico. As mudanças que ocorrem não são decorrentes exclusivamente do passar do tempo, mas dos processos de criação e inovação de transformações do bem imaterial ou de seu uso para o surgimento de novos produtos materiais, que podem ou não ter existência breve, finita, durável, podem nem mesmo ser referências culturais dessas práticas no decorrer do tempo, com seus deslocamentos para outros ciclos autônomos de produção e reprodução cultural.

O bem cultural imaterial surge no momento da criação em si, do fazer, do viver ou nas formas de expressão do grupo, no momento da pre-sença, tendo sobre si a repercussão do tempo originário,

pois esse é o tempo em que acontece a experiência. Finda esta, desintegrado está o bem cultural imaterial. Do bem cultural imaterial surge o bem cultural material, já inserido no tempo vulgar, derivado da experiência imaterial, agregando com o passado dado valor pelo acúmulo de instantes. O bem cultural material só retorna à experiência do tempo originário quando, a partir dele, como tradição, a compreensão traz o tempo vulgar novamente à pre-sença como vigor-de-ter-sido.

[...]

O bem material aglutina as características de ser perene, perpetuando-se no tempo (agregando valor com o passar do tempo); autêntico, almejando a sua inalterabilidade com o passar do tempo (agrega valor por ser o contato direto de outra época). O bem imaterial, ao contrário do material, é fugaz, desaparecendo imediatamente após a sua criação ou manifestação; é mutável, sendo esperada a sua mudança junto ao tempo, apropriando as inovações culturais, alterando a tradição. O bem cultural imaterial não representa a tradição de um grupo dez anos atrás, mas representa essa tradição hoje, todo o passado da tradição é re-significado na cultura atual. Daí poder se dizer que o patrimônio cultural imaterial é o vigor-de-ter-sido de toda a tradição, pois a manifestação do bem imaterial atualiza todo o passado do grupo em sua manifestação hoje. (OLIVEIRA, 2011, p. 122-123)

Somente se se tem em conta o aspecto do binômio mutação-continuidade histórica do bem cultural imaterial, é que se pode compreender os motivos pelos quais há a revalidação do Registro do PCI. O prazo de no mínimo dez anos para que o Poder Público realize o processo de renovação do reconhecimento está dentro do limite da razoabilidade para aferição da continuidade dos elementos essenciais que justificaram inicialmente o Registro do PCI, bem como para averiguar se ainda permanece referência cultural para a memória e a identidade de algum dos grupos formadores da sociedade brasileira (SOARES, 2009, p. 331). Carlos Frederico Marés (2006, p. 81) critica a revalidação entendida apenas como renovação da titulação de “Patrimônio Cultural do Brasil”, pois o que de fato está sendo aferido é sua continuidade, se ele permanece acontecendo, experimentado e vivenciado para quem é referente, de tal

sorte que para ele “se a prática é posteriormente desvirtuada ou esquecida, não se pode considerar que tenha perdido importância cultural e histórica. Assim, não se trata de revalidar um título, mas de reconhecer a sua prática atual ou não”.

Segundo o Roteiro Básico de Pesquisa anexo à Resolução nº 01/2013, que trata do processo de reavaliação do bem cultural, essa aferição é construída de forma a garantir a participação popular com metodologias de entrevista e consulta aos grupos e às comunidades produtoras do bem, aos sujeitos que integraram ativamente o processo de reconhecimento, e à parte legítima proponente do Registro. A atualização documental na reavaliação tem por intuito elaborar um cenário fático da situação atual em que o bem cultural imaterial se encontra, e como ele se comportou durante os dez anos seguintes ao Registro.

Portanto, leva-se em consideração todas as transformações e mudanças pelas quais o bem cultural imaterial passou, se novos elementos culturais foram incorporados ou os antigos modificados, se os aspectos significativos que justificavam o reconhecimento desapareceram, se o bem tornou-se referência para outros grupos e pessoas, se as incorporou ou se as afastou ou restringiu sua participação, se há sua transmissão entre as gerações, se há manutenção das condições sociais e materiais de sua produção e reprodução, se houve impactos após o Registro, principalmente de ordem econômica, e das ações e planos de salvaguarda, se houve difusão dos conhecimentos e informações gerados sobre os bens, enfim toda uma sorte de interrogações cujas respostas balizarão a decisão final de reavaliação pelo Conselho Consultivo.

Entretanto, se a continuidade é um requisito material necessário para renovação do reconhecimento, o surgimento de mudanças nas práticas sociais em torno do bem imaterial registrado não é suficiente para negar a revalidação, pois os caracteres dinâmico, processual e mutável dela fazem parte. Afinal, nos processos de transmissão intergeracional e de modificabilidade, “a continuidade de determinada prática pode implicar mudança no gênero, na idade e no *status* social dos executantes e participantes” (ARANTES, 2009, p. 209).

Não se pode transformar a avaliação da continuidade histórica em certificação de autenticidade falando em “descaracterização”. O que há de pesar na revalidação é se o bem cultural imaterial ainda está presente no cotidiano de grupos e comunidades e se permanece como referência cultural.

Não há, contudo, um critério temporal para demonstração da continuidade histórica para justificar o Registro do PCI. Enquanto a revalidação é realizada dez anos após o ato declaratório, a aferição desse

requisito material em termos de correspondência para determinação da temporalidade não se dá de acordo com um parâmetro específico normatizado. Por isso, é de se concluir que não obedece à cronologia mensurada com exatidão; o tempo é o da maneira como é realizada a transmissão da condução do bem imaterial de uma geração a outra, conforme a época e sociedade, tendo em vista a singularidade e o contexto de cada uma.

A Portaria IPHAN nº 194, de 18 de maio de 2016, que dispõe sobre diretrizes e princípios para a preservação do patrimônio cultural dos povos e comunidades tradicionais de matriz africana e aprova o Termo de Referência para os processos de identificação, reconhecimento, conservação, apoio e fomento a esses bens culturais, determina que a prova da demonstração da continuidade histórica de um bem imaterial, para que ele seja registrado, é a sua produção e reprodução a pelo menos 3 (três) gerações. Contudo, deixa em aberto o conceito de gerações ou a unidade de tempo que equivaleria uma geração⁹⁹.

⁹⁹ Em geral, em comunidades tradicionais, os núcleos familiares têm centralidade na condução da transmissão de práticas e saberes entre gerações. Assim, o fio condutor do fluxo de saberes, fazeres e viveres, se dá verticalmente entre os mais velhos e os mais jovens, segundo os graus de parentalidade; exemplificando pela linha reta de ascendentes para descendentes, a transmissibilidade se daria dos avós para os filhos, dos filhos para os netos, dos avós para os netos. Entretanto, nem sempre as famílias são constituídas por esses laços de parentesco lineares, existe transmissibilidade geracional entre parentes por consanguinidade distante, por afinidade ou por adoção. De certo modo, tem-se em vista aí uma genealogia de origem biológico-reprodutiva entre uma geração e outra, ou seja, o tempo cronológico que uma geração tem para se reproduzir e marcar o início da vida de outra. Porém, às vezes, em uma época, não são as diferenças etárias que demarcam a divisão entre gerações, mas a mutabilidade dos valores, das formas de organização social e da cosmovisão de mundo. Quando há manutenção de costumes e tradições sem transformações, a divisão usualmente é apenas etária. Em alguns casos, a transmissão sequer é feita com base nos laços de parentesco, mas com fundamento apenas na distância temporal geracional entre os membros da comunidade mais velhos, que detêm os saberes e conhecimentos específicos da produção e reprodução de certo bem imaterial e que dão continuidade repassando-os, e os mais jovens, receptores criativos que se encarregarão de permanecer conduzindo e atualizando a tradição. E, assim, ocorrerá sucessiva e ininterruptamente, até

Do mesmo modo, a Súmula Administrativa nº 7 da Comissão Nacional de Incentivo à Cultura – CNIC considera a continuidade histórica como a transmissão do bem imaterial a pelo menos três gerações, para efeitos de enquadramentos de programas, projetos e ações culturais que envolvam patrimônio cultural imaterial não registrado, nos fins da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, instituidora do Programa Nacional de Apoio à Cultura – PRONAC, com o intuito de que pessoas físicas ou jurídicas que doaram ou patrocinaram quaisquer dessas iniciativas, oriundas de pessoas físicas ou jurídicas de natureza cultural, por meio da aplicação de parte do Imposto sobre Renda ou de contribuições ao Fundo Nacional de Cultura, possam deduzir do seu

que os aspectos significativos do bem cultural imaterial transmitido um dia porventura desapareçam, ou até mesmo que a dissolução da identidade do grupo ou comunidade se extinga por diversos fatores exógenos e endógenos, deixe o bem de ser referência cultural. Essa constatação em nada compromete o fato de que as identidades e os valores estão em constante mutação, afinal a mobilização pela continuidade da prática ou saber pode ser em função também da memória de grupos ou comunidades que não mais existam ou que tenham sido invisibilizados ou exterminados. Portanto, os líderes, os conselhos de anciões, os mestres, ou as pessoas mais antigas de uma comunidade podem, independentemente das relações de parentesco, ter a função de ensinar, educar, contar e orientar, às crianças e à juventude de seus locais de pertencimento, acerca de seus saberes e conhecimentos ancestrais e as expressões que traduzem aspectos socioculturais do seu contexto. Do ponto de vista da classificação de grupos sociais vulneráveis ou em situação de vulnerabilidade, para conferir direitos especiais que tratem de corrigir desigualdades e discriminações negativas, o Direito se utiliza de critérios etários para identificar crianças e adolescentes, jovens e idosos como sujeitos de direitos e deveres. Pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, criança é a pessoa com doze anos completos, adolescentes são aqueles que têm entre doze e dezoito anos. Por outro lado, o Estatuto da Juventude considera jovens as pessoas que possuem idade entre quinze e vinte nove anos. Por fim, o Estatuto do Idoso se destina às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Não havendo denominação para aqueles que se compreendem entre a idade limite da juventude e o início da vida idosa para efeitos legais. Contudo, esse critério etário, embora possa ser um parâmetro, não é seguro para definir temporalmente geração, pois se se quer estabelecer uma distância entre um limite ou outro entre crianças, adolescentes, jovens e idosos, percebe-se que integrantes de uma classe podem acabar integrando uma ou mais gerações.

imposto devido as quantias despendidas nos limites e condições estabelecidos na legislação tributária e na de incentivo federal à cultura:

Súmula nº 7

Para efeitos de enquadramento na alínea 'g' do § 3º do artigo 18 da Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, no que tange ao Patrimônio Cultural Imaterial não registrado na forma do Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, serão considerados como projetos de valorização ou de salvaguarda aqueles relativos a bens culturais imateriais transmitidos há, pelo menos, três gerações, que digam respeito à história, memória e identidade de grupos formadores da sociedade brasileira, que contenha a anuência comprovada e a participação de representação reconhecida da base social detentora, e que apresentem proposta de geração de benefícios materiais, sociais ou ambientais para esta base, devendo ainda ser enquadrados em tipologia de projetos e produtos estabelecida pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Como há uma imprecisão sobre o conceito temporal de geração, o Poder Legislativo vem agindo no vácuo do Poder Executivo quanto à proteção de bens culturais imateriais que não estão enraizados em um tempo histórico longínquo, de forma a albergar tantas gerações. Para não correr o risco de verem seus pedidos indeferidos no processo junto ao IPHAN por ausência de continuidade histórica, as mobilizações de diversos atores sociais têm assentado seus requerimentos de reconhecimento e valorização de bens culturais imateriais em projetos de lei de iniciativa parlamentar. Exemplo disso é a Feira de São Cristovão, Feira dos Nordestinos, transformada no Centro Municipal Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas, cujo início se deu em 1945, no Bairro São Cristovão do Município do Rio de Janeiro. Esse importante espaço cultural, lugar de referência para diversos migrantes brasileiros do Norte e Nordeste ao Sudeste do país, foi declarado como Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil, para efeitos legais, pela Lei nº 12.301, de 28 de julho de 2010 pelo Congresso Nacional.

O outro *requisito material* condicionante para a inscrição do bem imaterial nos Livros do Registro é a polêmica *relevância nacional*. A primeira impressão é que somente o bem cultural imaterial que esteja presente ou seja valorado em/por todo território nacional poderá ser

registrado (COSTA, 2011, p. 133). Essa interpretação é dissonante da Constituição Federal de 1988 (*caput* do artigo 216) que não faz qualquer distinção discriminatória entre os bens imateriais em razão de sua amplitude, disseminação territorial ou localização geográfica, bastando a demonstração da referência cultural para quaisquer dos grupos formadores do país para que receba algum grau de proteção. Se assim compreendida, essa exigência se reveste de inconstitucionalidade material (RODRIGUES, 2012a, p. 50).

Na prática, como se verá nos processos administrativos do registro dos bens culturais imateriais analisados, há patrimônio objeto do Registro que está difundido em diversas regiões e localidades do país, que está presente em número determinado de Estados ou Regiões identificáveis e, até mesmo, aqueles cujo referente é local, embora praticado ou produzido em territórios circunvizinhos. As dimensões territoriais do país, a diversidade cultural, o pluralismo, a escolha do federalismo cooperativo como forma de organização do Estado não permitem que se possa enxergar o Registro do PCI como instrumento totalizante de um valor universal de uma comunidade única imaginada como nacional. Na Carta da Comissão de formulação do Decreto, dirigida ao Ministro da Cultura (VILAÇA et. al., 1999, p. 74), justificou-se a adoção do critério a fim de que se iniciasse o efeito cascata de regulamentações do Registro em Estados e Municípios, ou seja, para fincá-lo como norma geral cujos desdobramentos resultariam na comunicação legal de um sistema nacional de proteção do patrimônio cultural:

Na verdade, deverá ocorrer com a regulamentação ora proposta o mesmo que ocorreu como Decreto Lei 25. Provavelmente, logo em seguida, diversos estados e municípios criarão procedimentos próprios visando regulamentar, cada um a sua maneira, o patrimônio imaterial. Ou seja, esta será também uma ação/regulamentação exemplar. Provavelmente V. Exa. e o Sr. Presidente da República, mais do que regulamentando o registro a nível federal, estarão de fato iniciando um sistema nacional de proteção ao patrimônio imaterial que se desdobrará no âmbito federal, estadual e municipal. Ação, além de exemplar, pioneira também. Por isto consideramos como referência indispensável para o registro a relevância nacional do bem, e não apenas sua importância estadual ou municipal.

O pressuposto da extensão nacional para caracterização da relevância de um bem é tão fictício para o campo do patrimônio cultural imaterial quanto a figura da nação unitária. Em suma, a *relevância* como critério material afigura-se no peso valorativo (TELLES, 2010, p. 69) atribuído ao bem pelas tensões e interesses gerados entre as partes legítimas do Registro, grupos e comunidades detentoras do bem imaterial e pelas escolhas políticas do IPHAN e do Conselho Consultivo no decorrer do processo de Registro. Embora aparente ser uma exigência *a priori*, na prática o bem imaterial é alçado à condição de nacional após o Registro com a titulação. Antes disso, a referência cultural tem outra ou múltiplas naturezas, locais ou regionais. Outrossim, semelhante ao tombamento, um bem cultural imaterial pode ser registrado nas três esferas federativas, podendo simultaneamente ser classificado como de *relevância nacional, regional ou local*, de acordo com os interesses federativos que recaem sobre o objeto da salvaguarda.

No processo de reavaliação do reconhecimento do bem cultural imaterial, não se menciona nem se dá qualquer *status* de exigibilidade da averiguação da permanência deste aspecto, verificando-se somente a sua *continuidade histórica* e seu valor de referência.

Além dos *requisitos formais e materiais* condicionantes do Registro, o instrumento de reconhecimento do PCI é orientado por dois princípios jurídicos cuja observância é determinante para a produção dos seus efeitos e para os usos que os sujeitos detentores fazem do ato declaratório, ampliando suas finalidades precípua de identificação, reconhecimento e valorização dos bens culturais imateriais.

3.3.2 Princípios do Registro: *mínima intervenção e participação popular*

Em virtude de sua natureza processual, dinâmica e mutável, a salvaguarda dos bens culturais imateriais em nada se assemelha às técnicas tradicionais de proteção do patrimônio cultural material que requerem conservação, preservação, restauro, definição de limites, restrições contra modificações e alterações sem autorização dos órgãos competentes na sua defesa, disciplinamento de seu uso, tráfego, gozo e disposição, e tipificação de sanções contra sua destruição, lesões e omissões que ponham em risco sua integridade e existência. Enquanto mecanismo de salvaguarda do PCI, o Registro é regido pelo princípio da *mínima intervenção*, que significa que o Estado respeitará o exercício dos direitos culturais de liberdade de manifestação e de expressão cultural de povos, grupos e comunidades tradicionais nas práticas e domínios da vida

social que possuam relação direta e indireta com a produção, reprodução, continuidade histórica e transmissão de seus bens imateriais (TELLES, 2010, p. 65; COSTA, 2011, p. 118; SOARES, 2009, p. 322).

A intervenção mínima do Poder Público refere-se ao papel de protagonista que os próprios detentores têm no reconhecimento, valorização e gestão do seu patrimônio imaterial. Porém, isso não implica em hipótese de omissão estatal no dever de proteção e promoção do bem, apenas direciona as ações do Estado para uma função de apoio vezes logístico que garanta sua continuidade. Ainda assim, mesmo as ações, atividades e planos de salvaguarda que tenham por intuito fomentá-los e apoiá-los para desenvolvimento da autodeterminação de seus sujeitos e dar garantias de sustentabilidade não devem se basear em dirigismos, direcionamentos e orientações de agentes públicos ou privados a seu serviço, que digam ou determinem, em nome de valores como ancienidade, autenticidade ou até mesmo em atenção a demandas do mercado, sem qualquer requisição ou consentimento, como comunidades e grupos realizarão suas práticas, gestão, processos e produções relacionados aos bens culturais imateriais.

Não cabe ao Estado, ou a quem por delegação constitucional ou legal lhe tenha sido atribuído as mesmas funções, impor ou determinar quando os índios Wajãpi realizarão seus rituais e de como e quando utilizarão seus grafismos, como dançadores do samba de roda do recôncavo e do carimbo devem dançar, como os violeiros devem tocar, como as baianas de acarajé devem conduzir sua culinária, para quem os queijeiros de Minas devem direcionar sua produção, com que agulhas as rendeiras de Divina Pastora farão seu ofício, com que técnicas os índios do Rio Negro organizarão seu sistema agrícola, para quem os índios Karajá produzirão suas bonecas lúdicas, quando as paneleiras de Goiabeiras e as mulheres do baixo Amazonas produzirão suas panelas de barro e suas cuias, ou obrigar os tradicionais produtores de cajuína a aceitar que marca de refrigerante produza bebida, confundindo seus consumidores (QUEIROZ, 2016, p. 75).

É certo que há bens culturais imateriais representado por ofícios, modos de saber-fazer e conhecimentos práticos que resultam em produtos que, por possuírem matérias-primas que demandem uso equilibrado e sustentável, ou cujas técnicas do fazer possam comprometer a saúde pública, observam necessariamente normas de direito ambiental, da vigilância sanitária, de organização do espaço de produção e comercialização, dentre outras medidas, porém elas não devem servir como limitadoras que impeçam a continuidade desses conhecimentos tradicionais. Nesses casos, deve-se aplicar o princípio da

proporcionalidade como mecanismo de resolução de conflitos, averiguando se as medidas tomadas pelo Estado, supostamente para garantia de outros direitos fundamentais, não é por demais invasiva, interventora na liberdade de execução do *savoir-faire* e sua necessidade de adoção, optando sempre pela medida menos gravosa quando há constatação do emprego de meio limitador da prática, de modo a não comprometer a transmissão intergeracional, a dinâmica processual dos bens imateriais e sua continuidade histórica, assim como os direitos coletivos culturais dos detentores.

Igualmente, a intervenção ou mediação do Estado pode ser requisitada por grupos e comunidades tradicionais, em particular através do IPHAN, para interromper e interferir em atos lesivos ou em ameaças de terceiros que comprometam a continuidade dos bens culturais imateriais, como no caso de apropriações indevidas. Diferentemente das limitações apontadas logo acima, as competências dos órgãos de proteção são acionadas para repelir violações ao direito ao patrimônio cultural imaterial ou até mediar situações nas quais as próprias comunidades queiram, através de medidas extrajudiciais e/ou negociais, regularizar situações de conflito nos quais os agentes violadores estejam dispostos a reparar danos, indenizar civilmente ou financiar projetos do interesse dos sujeitos coletivos para afastar o acionamento do poder de polícia da autoridade administrativa, seja ela o IPHAN ou qualquer outro órgão ou entidade cuja competência material esteja envolvida na questão litigiosa.

Nessa ótica, a *intervenção relativa* é feita em função da defesa dos direitos culturais das coletividades, assim também, nas hipóteses de mediações, respeita-se a autonomia da organização social da comunidade, sua autodeterminação e a cerca da garantia da isonomia, diante da desigualdade de condições materiais com outras partes em litígio que ocasionam distúrbios econômicos e políticos de representatividade e assistência jurídica e financeira. O próprio Estado pode ser o terceiro violador que comprometa a continuidade do bem cultural imaterial.

Somente diante de situações em que a prática, os saberes, conhecimentos, formas de expressão, lugares e celebrações são ameaçados ou efetivamente objeto de ação danosa por terceiros, é que cabe uma intervenção do Estado, mas tão-somente no que se refere à repressão aos sujeitos e agentes violadores da dimensão imaterial do patrimônio, não no sentido de uma produção de ação fiscalizatória ou punitiva aos detentores e produtores (QUEIROZ, 2016, p. 115).

Ainda assim, adverte-se que a *mínima intervenção* orienta a coibir o patrulhamento valorativo, intervenções indevidas e o controle limitador irrazoável e abusivo sobre a continuidade dos bens imateriais, o que em nada corresponde ao monitoramento e as avaliações periódicas das políticas culturais que procuram qualificar e aprimorar as ações de salvaguarda, por meio de produção de dados, levantamento e análise sistemática de informações sobre os bens e os detentores, assim como também colher subsídios para revalidação do Registro do PCI. Além disso, a política de salvaguarda é orientada pela diretriz da gestão compartilhada na qual se respeita a autonomia dos sujeitos detentores, mas se articula apoio de instituições governamentais, cada qual em sua esfera de competência, e a sociedade civil em geral para traçar estratégias de cooperação, de participação em processos decisórios, de planejamento de políticas públicas, de solução de conflitos e de avaliação de resultados na garantia da viabilidade do patrimônio cultural imaterial.

De outro modo, a *intervenção mínima* está diretamente relacionada com os efeitos explícitos de apoio e fomento do Registro. O suporte estatal logístico, cuja ferramenta sistêmica e operacional é o PNPI, deve assegurar minimamente as condições materiais, financeiras, organizativas, de continuidade para valorização, sustentabilidade e promoção das dinâmicas de produção e reprodução dos bens culturais imateriais registrados, pelos próprios sujeitos para os quais são referentes culturais diretos, para os receptores dos ensinamentos das transmissões dos conhecimentos e práticas em torno dos bens imateriais, e para concretização do direito à fruição e acesso cultural ao patrimônio dos demais cidadãos.

O facto de as comunidades e grupos assumirem o destino de seu próprio património não liberta o Estado do encargo de apoiar técnica e financeiramente as ações de salvaguarda, mas permite-lhe contar com um conjunto de indivíduos e entidades totalmente empenhados em salvaguardar um bem que sentem que lhes pertence e que lhes poderá trazer benefícios também materiais (CABRAL, 2011, p. 208).

A *mínima intervenção* pressupõe um *princípio de participação popular*, em todas as fases do Registro do PCI, mas, igualmente, nas etapas de identificação por meio de procedimentos complementares como o INRC, e posteriores como nas ações e planos de salvaguarda. Em primeiro lugar, a participação popular se torna obrigatória em razão do bem cultural necessariamente ser referência valorativa para algum sujeito

que deve sempre ser envolvido nas deliberações acerca das medidas de salvaguarda sobre o bem imaterial; em segundo lugar, a produção e a reprodução da dinâmica dos bens culturais imateriais relacionam-se diretamente com direitos culturais coletivos desses sujeitos, portanto qualquer medida administrativa de reconhecimento e valorização que possa afetá-los deve ser antes apresentada, discutida e decidida com e por eles mediante técnicas de consulta; em terceiro lugar, toda e qualquer medida de apoio e fomento, uma vez que esses sujeitos são responsáveis pela transmissão e continuidade do bem e há riscos de não continuidade, deve assegurar que a gestão do bem cultural imaterial seja exercida de maneira autônoma e direta, mas com auxílio e cooperação de órgãos e entidades estatais e organizações da sociedade civil.

Há *participação popular* na identificação para o reconhecimento do bem cultural imaterial no INRC, durante as fases do reconhecimento por meio do Registro do PCI, e após o ato declaratório de inscrição do patrimônio imaterial em um dos Livros do Decreto nº 3.551/2000. Em verdade, a *participação popular* é um princípio geral do PNPI, condição *sine qua non* do programa (artigo 4º, inciso I, da Portaria nº 200/16).

O INRC, assim como os demais inventários, são instrumentos para sistematização coerente de informações, conhecimentos, dados e documentos para identificação de bens culturais. No caso do INRC, sua função é produzir conhecimento exaustivo acerca das referências culturais de grupos, povos e comunidades tradicionais que estão inseridas no seu contexto mais amplo e complexo de relações sociais, políticas, econômicas e culturais, classificando-o em cinco categorias, quatro correspondentes aos Livros do Registro do PCI (Celebrações, Modos de Saber-Fazer, Lugares e Formas de Expressão) e uma outra para Edificações (§ 1º do artigo 11 da Portaria nº 200/2016).

De acordo com Antônio Arantes (2009, p. 179), o INRC enquanto instrumento de mobilização social realiza a triagem daquilo que de fato possui valor para as comunidades, grupos e coletividades, estabelecendo uma “legitimidade jurídica da classificação dos itens” e o *modus* relacional entre eles e o Estado. Esse mecanismo de identificação delimita o território para o qual o bem cultural imaterial possui valor de referência (CAVALCANTI, 2008, p. 21). Como signatário da Convenção de da UNESCO de 2003, por força do artigo 11(b), cabe ao Brasil proceder a essa *Identificação* (macroprocesso) com a participação das comunidades, grupos e organizações não-governamentais pertinentes.

O INRC é empregado em três fases niveladas, sucessivas e complexas, quais sejam o *Levantamento Preliminar*, a *Identificação* e a *Documentação* (ARANTES, 2000, p. 35; CAVALCANTI, 2008, p. 22).

Como qualquer inventário deve, de acordo com a Convenção da UNESCO de 2003,

[...] identificar as comunidades e grupos e os seus representantes, assegurar que apenas o patrimônio cultural imaterial que reconhecem é inventariado e obter o seu consentimento para inventariar cada uma das manifestações.

[...] prende-se com esta necessidade de envolver as comunidades, grupos e indivíduos na identificação do patrimônio cultural imaterial e, por conseguinte, de encontrar os mecanismos a nível nacional que possibilitem e impulsionem essa participação (CABRAL, 2011, p.123).

Como uma investigação científica, o *Levantamento Preliminar* opera reunindo informações e dados sobre o território a ser inventariado em geral já disponíveis como as produzidas por órgãos públicos, fontes de organismos oficiais, publicações pré-existentes, assim também realizando viagens de campo e entrevistas iniciais, tudo a fim de visualizar o conjunto mais abrangente possível de dados sobre a realidade na qual está inserida o bem cultural. Assim, é passível de averiguação em que termos ocorre a continuidade histórica do bem, quais mudanças atravessou, quais lacunas preencher na sua identificação e quais aspectos serão objeto de aprofundamento. Em geral, como resultado prático dessa etapa, a sistematização das informações é apresentada em um mapeamento que irá fornecer subsídios para o planejamento de trabalho para fase de *Identificação* (ARANTES, 2000, p. 36).

Antes da fase de *Levantamento Preliminar*, com a solicitação para uso da metodologia do INRC ou com a aplicação do INRC pelo próprio IPHAN, já se deve ter obtido dos sujeitos identificados com as práticas, saberes-fazer, expressões, celebrações e edificações, anuência consentida para realização da inventariação. As equipes técnicas do IPHAN ou por ele assistidas ou autorizadas, nessa fase inicial, devem informa-los acerca do que é o processo de inventariação e, conseqüentemente, do que se trata o Registro do PCI.

Isso porque, já na etapa de *Identificação* propriamente dita, além da descrição pormenorizada do bem e suas ocorrências, do mapeamento de suas relações com atividades, práticas e outros bens de igual relevância, ocorre uma aproximação maior entre os pesquisadores e as comunidades e grupos, ou de pessoas de destaque na sua organização social, através do acompanhamento mais direto – apesar de não depender disso – ou por meio de entrevistas, dos processos de formação, produção

e reprodução do bem cultural imaterial (ARANTES, 2000, p. 43; CAVALCANTI, 2008, p. 22). Em geral, se produz um registro audiovisual básico ao final desta etapa que só pode ser feito com autorização dos sujeitos envolvidos, conforme a IN nº 01/2009.

O aprofundamento da fase de *Identificação* ocorre com a *Documentação* na qual irão se realizar pesquisas e estudos eminentemente técnicos, obras intelectuais autorais artísticas e científicas, trabalho imaterial de especialistas, como relatórios, cartilhas, livros, monografias acadêmicas em diferentes níveis, produtos audiovisuais, cujos resultados refletem, em regra, a delimitação e a compreensão acerca dos atributos essenciais das referências culturais do bem imaterial (ARANTES, 2000, p. 43) e ajudam a construir o “olhar patrimonial sobre o campo das práticas culturais de natureza imaterial, na perspectiva da política pública” (§ 1º do artigo 11 da Portaria nº 200/2016). Além disso, integram um banco de dados exclusivo do INRC. Critica-se o fato de que oficialmente, mesmo ao final, o inventário não dá maior relevância aos saberes produzidos e documentados pelas próprias comunidades sobre o bem imaterial.

Por força do *princípio da participação popular*, quaisquer desses resultados do INRC, em quaisquer de suas fases, pode ser divulgado sem obtenção de anuência prévia dos detentores dos bens imateriais, assim como também do IPHAN, de tal forma que não há apenas o consentimento prévio no início da metodologia, mas ele deve ocorrer durante todas as etapas.

No âmbito do PNPI, parece contraditório tratar o INRC como metodologia subsidiária ao Reconhecimento e ao Apoio e ao Fomento, pois a própria Portaria nº 200/16 enumera-o como instrumento de salvaguarda de identificação. Por conseguinte, a produção de conhecimento e a documentação sobre os bens culturais imateriais, na jurisprudência brasileira¹⁰⁰, apesar de inexistir lei ou regulamento que

¹⁰⁰ As decisões do Poder Judiciário assemelham-se com a atribuição de efeitos ao inventário pela legislação de alguns países europeus como França, Portugal e Espanha nos quais o instrumento, apesar de autônomo, funciona como mecanismo de gradação dos valores que justificam a proteção de bens culturais materiais. Enquanto na classificação, tal qual ocorre na Lei de Bases do Patrimônio Cultural português (Lei nº 107/2001), que corresponde no Brasil ao tombamento, o ato declaratório do Estado estabelece um valor cultural inestimável, a inventariação constitui-se como um levantamento sistemático de identificação do bem que o sujeita a certas medidas especiais

delimite os efeitos jurídicos dos inventários, vem entendendo que sua aplicação é extraída diretamente da Constituição Federal de 1988, portanto autoexecutável autonomamente, pois se trata de garantia do direito cultural difuso ao patrimônio cultural (MIRANDA, 2012b, p. 340-341), capaz de criar restrições que tenham por objetivo salvaguardar um bem cultural imaterial ameaçado por danos:

REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÕES
 CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO
 AO MEIO AMBIENTE CULTURAL.
 MUNICÍPIO DE PEDRO LEOPOLDO.
 AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL.
 "TEORIA DO FATO CONSUMADO".
 INAPLICABILIDADE NA TUTELA
 AMBIENTAL. CUMULAÇÃO DE
 OBRIGAÇÕES DE FAZER, NÃO-FAZER E
 INDENIZAR EM SEDE DE AÇÃO CIVIL
 PÚBLICA. POSSIBILIDADE.
 JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO
 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
 NULIDADE DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO.
 OFENSA AO CONTRADITÓRIO.
 INEXISTÊNCIA. **INVENTÁRIO CULTURAL.**
INSTRUMENTO AUTÔNOMO DE
PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO
CULTURAL. REGULAMENTAÇÃO
INFRACONSTITUCIONAL.
 IRRELEVÂNCIA. DEMOLIÇÃO DE
 CASARÃO SEM PRÉVIO REQUERIMENTO
 DE ALVARÁ. PUBLICAÇÃO E/OU

que independem do regime jurídico de propriedade e de quem sejam os seus titulares. Em geral, essas medidas são gravames menores que aquelas nas quais os bens sujeitos à classificação estão. Assim também ocorre na Espanha (Lei nº 16/1985) com os bens do inventário geral no qual a inscrição nessa lista submete o seu uso, gozo e disposição a certos limites legais. Na França, no Código de Patrimônio, o inventário tem função suplementar, isto é, protegem bens móveis e imóveis de interesse cultural que não estão submetidos imediatamente ao requerimento de classificação, mas que, em virtude de seu valor, merece ser preservado. De todo modo, segundo Marcos Paulo de Souza Miranda (2012b, p. 332), o que impera na definição da escolha da aplicação da classificação ou do inventário, apesar de um bem poder ser sobreposto pelos dois mecanismos nessas legislações europeias, é o peso do valor cultural do patrimônio a ser protegido.

NOTIFICAÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DO INVENTÁRIO CULTURAL. AUSÊNCIA. ATO ADMINISTRATIVO. PUBLICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 37, CAPUT, CR) E REQUISITO DE EFICÁCIA DO ATO. AUSÊNCIA DE TÍTULO JURÍDICO A EMBASAR A PRETENSÃO DO PARQUET. SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELOS RÉUS CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de violação ao meio ambiente - no caso, em sua perspectiva cultural -, o interesse processual do legitimado ativo exsurge não só a partir da ameaça, mas, quando já ocorrido o dano, que, na espécie, é incontroverso e anterior ao ajuizamento da demanda. 2. A tutela pretendida consiste na reparação (integral) do dano, assim como a declaração, por sentença, do interesse cultural do imóvel, sendo certo que o sistema de responsabilização civil por dano ambiental - baseado nos princípios da precaução, prevenção, do poluidor-pagador e, sobretudo da reparação integral -, não admite a simples invocação da popularmente conhecida "teoria do fato consumado", que, em linhas gerais, visa o reconhecimento da "possibilidade de consolidação e convalidação de situações fáticas originadas na ilegalidade e em prejuízo ao meio ambiente". 3. Por outro lado, "a jurisprudência do STJ está firmada no sentido da viabilidade, no âmbito da Lei 7.347/85 e da Lei 6.938/81, de cumulação de obrigações de fazer, de não fazer e de indenizar" (REsp 1198727/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN). 4. O inquérito civil público, criado pela Lei nº 7.347/85 e, posteriormente, consagrado no texto constitucional como função institucional do Ministério Público (artigo 129, III, CR), constitui procedimento de natureza investigativa, inquisitiva, destinado a colher elementos de convicção do órgão de execução do Parquet para eventual propositura de ação civil pública ou outra

demanda a seu cargo. Assim, por não se tratar de processo ou mesmo contencioso perante a Administração Pública, mas, antes, procedimento investigatório, não exige a observância ao princípio constitucional do contraditório (artigo 5º, inciso LV, CR), embora não lhe seja vedado. **5. O inventário constitui instrumento constitucional autônomo de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, consoante dispõe a norma inserta no artigo 216, § 1º. da Constituição da República.** **6. Não obstante a ausência de regulamentação infraconstitucional do inventário, certo é que o constituinte originário, ao alçá-lo à categoria de instrumento autônomo de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, reconheceu sua importância e relevância, devendo os bens inventariados, portanto, se sujeitarem ao regime jurídico especial dos bens culturais. [...]** (TJ-MG - AC: 10210110066938002 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 22/07/2014, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/08/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ORDINÁRIA COM ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO. BEM INVENTARIADO. IMPOSSIBILIDADE DE UNIFICAÇÃO COM OUTRO IMÓVEL. RESTRIÇÃO IMPOSTA PELA LEI MUNICIPAL Nº 4.568/2000. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO DE PROPRIEDADE. I – A Constituição Federal cuidou de preservar o patrimônio cultural brasileiro, de acordo com o disposto no seu art. 216, considerando não só o patrimônio cultural da União, mas também aquele estabelecido pelos Estados e Municípios. II – **Na Constituição de 88 o INVENTÁRIO foi alçado como instrumento de promoção e proteção do patrimônio cultural, ao lado do tombamento e da desapropriação, dos registros, da vigilância e de outras formas de acatamento previstos no parágrafo 1º do art. 216. Não se confunde, é certo, com o**

TOMBAMENTO porque de efeitos jurídicos mais brandos, mas também submete o bem a medidas restritivas de uso, gozo e disposição, tornando obrigatória sua preservação e conservação. Tais restrições se harmonizam com o princípio constitucional da função sócio-cultural da propriedade e, como não poderia deixar de ser, encontra eco no artigo 1.228 e parágrafo 1º do Novo Código Civil: III - No caso, o bem inventariado como de patrimônio cultural, porque submetido ao regime jurídico próprio dos bens protegidos, deve ser adequadamente conservado pelo proprietário e somente poderá ser destruído ou alterado mediante prévia autorização do órgão competente. Pois o imóvel de propriedade do Apelante acha-se incluído entre os que devem manter preservada a fachada pública e a volumetria, como dispõem os artigos 2º, I e 3º, parágrafo 1º da Lei Municipal 4.568/2000, e inventariado como tal e em razão do que não foi autorizada a unificação com outro imóvel tal como pretendida. Apelo desprovido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70025709932, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 24/09/2008)

Por outro lado, diferentemente do INRC, o INDL é classificado pela Portaria nº 200/16 como instrumento de reconhecimento ao lado do Registro do PCI. Isso porque o Inventário Nacional da Diversidade Linguística tem natureza híbrida, tanto identifica as línguas que fazem parte da diversidade cultural brasileira, como as reconhece e valoriza por meio da titulação de *Referência Cultural Brasileira*, fazendo jus, conforme o Decreto Federal nº 7.387/2010, a ações de valorização e promoção, informando a Estados, Distrito Federal e Municípios do ato declaratório para que procedam com políticas culturais de reconhecimento e apoio caso a língua inventariada esteja presente em seus territórios.

Dessa maneira, o INRC, tal qual se encontra empregado na política de salvaguarda, guarda certa acessoriedade e dependência do Registro do PCI no que concerne a produção de efeitos protetivos explícitos aos bens culturais imateriais, porém nem toda aplicação da metodologia exige que o objeto da inventariação seja registrado. De outro modo, a fase de

identificação é imprescindível para o Registro do PCI; embora não seja o único método de produção de conhecimento e documentação de bens imateriais, seu desenvolvimento no âmbito do IPHAN e sua capacidade de mobilização de grupos e comunidades tradicionais envolvidos no processo de salvaguarda fazem com que sua aplicabilidade seja etapa prévia obrigatória do Registro, podendo inclusive auxiliar o Sistema de Monitoramento e Avaliação de Bens Registrados gerando subsídios para atualização documental sobre os bens culturais imateriais submetidos ao processo de revalidação do título de Patrimônio Cultural do Brasil, bem como para consulta às comunidades produtoras dos bens e as partes legítimas igualmente interessadas na renovação da titulação.

Assim, a consulta eventualmente realizada no INRC não ilide a necessidade do consentimento prévio de comunidades, grupos e coletividades no Registro do PCI. Porém, a questão preliminar mais grave é a exigência que a parte legítima para instauração do mecanismo de reconhecimento pertencente à sociedade civil seja ou constitua-se pessoa jurídica representativa dessas coletividades.

Tem-se que esse tipo de requisito formal viola frontalmente os artigos 6º e 8º da Convenção 169 da OIT e o *princípio da participação popular* da Constituição Federal de 1988, pois, sendo o Registro uma medida administrativa estatal, presume-se que pode vir afetá-los, apesar da concordância expressa desses sujeitos. Portanto, deve-se, igualmente, respeitar as formas de organização social e representação político-jurídica das comunidades tradicionais envolvidas. Então, ainda que a formação de pessoas jurídicas como associações seja usualmente a maneira pela qual se representa coletividades civis, não se pode interpretar restritivamente o rol do artigo 2º do Decreto nº 3.551/2000. Outrossim, a indeterminação que pesa sobre o termo *sociedades*, no inciso IV do referido dispositivo, permite que povos indígenas possam instaurar o processo do Registro do PCI sem se valer de qualquer associação representativa. Não se trata apenas da observância dos direitos à autonomia, à autodeterminação e respeito ao direito costumeiro, mas compreender que esses sujeitos são responsáveis diretos pela continuidade e transmissão dos bens culturais imateriais, portanto precisam participar ativamente da consecução de quaisquer ações, medidas, projetos e políticas de salvaguarda executadas pelo Estado ou por terceiros (CABRAL, 2011, p. 51).

Não obstante a controvérsia, a Lei do Processo Administrativo, no âmbito federal, em seu artigo 9º, prescreve que são legitimados como interessados no processo todos aqueles que, sem terem deflagrado seu início, têm direitos ou interesses que porventura possam vir a ser afetados. Nesse sentido, no mesmo patamar horizontal, figuram como partes

legítimas: pessoas físicas ou jurídicas titulares de direitos e interesses individuais, podendo ser representadas; no que concerne a direitos coletivos, as organizações e associações representativas e; no que tange aos direitos difusos, pessoas ou associações para esse fim constituídas.

Outro ponto levantado, ainda na época da criação do Decreto nº 3.551/2000, é o da admissão da instauração do Registro por cidadão individualmente. Nada impede que uma comunidade tradicional eleja representante ou designa membro mais antigo ou liderança, para, em seu nome, requerer o Registro. Portanto, no que concerne às diferentes formas solicitação de reconhecimento do bem cultural imaterial por esses sujeitos contraria a elaboração originária do Decreto que tinha por intuito criar barreiras a um grande número de requisições. Nem com essa interpretação restritiva isso aconteceu.

Enquanto no tombamento compulsório o gravame do interesse público na preservação do bem cultural recai sobre a coisa móvel ou imóvel, restringindo o direito de propriedade, nos termos da lei e da constituição, não se exigindo a anuência ou aquiescência prévia e expressa do proprietário ou sua participação – afinal a impugnação no processo de tombamento é uma faculdade após a regular notificação – o Registro inova na ordem jurídica, ainda que se trate *a priori* apenas de instrumento declaratório, de exigir a presença e anuência comunitária no processo de reconhecimento e identificação do bem imaterial (CORÁ, 2014, p. 26).

Ora, a participação popular exigida, por meio da legitimidade de entidades coletivas para apresentação do requerimento, ainda que seja de associação representativa de povo, grupo e comunidade tradicional em processo que supostamente não criaria medidas restritivas a terceiros, parece criar etapa de consulta direta anterior vinculante, sem a qual se tem uma decisão material que impediria o prosseguimento do Registro mesmo se o órgão de salvaguarda, no caso o IPHAN, decidisse pela continuidade.

É certo que, na prática, isso é averiguado por meio de abaixo-assinados, listas de apoios, envolvimento comunitário na metodologia do INRC, carecendo de maior fortalecimento de outros meios de consulta direta previstos pela Constituição de 1988 (v.g. plebiscito e referendo do artigo 14, incisos I e II) e os previstos como existentes na esfera de autonomia procedimental conferida pela Convenção 169 a povos indígenas e comunidades tradicionais. Porém, demonstra, por outro lado, que, quanto à legitimação do patrimônio como forma de atribuição de valor referente, o Registro, já na sua fase instrutória, cria norma vinculatória, pelo menos para os órgãos de proteção, mais onerosa até mesmo que o tombamento, pois enquanto para o Estado a impugnação do

tombamento às restrições administrativas feitas pelos proprietários será objeto de avaliação e decisão pelo Conselho Consultivo, no Registro, a participação comunitária dos detentores dos bens imateriais é, ainda que não haja aparentemente entre o patrimônio registrado e esses sujeitos qualquer tipo de relação proprietária como prescrita no artigo 1228 do Código Civil, presumidamente obrigatória. Ainda assim, falta a delimitação no processo de Registro do âmbito da anuência prévia, tendo em vista que há bens imateriais que transcendem as áreas territoriais a eles ao final associadas e que ultrapassam os limites territoriais políticos dos entes federados. A abrangência nacional da titulação é enquanto referente cultural, mas não significa que as expressões, os saberes, as celebrações e os lugares registrados existam ou façam parte da dinâmica da vida social de todo o país.

Nos primeiros bens registrados, não estava expresso no processo do Registro a obrigatoriedade da consulta e da anuência prévia de grupos e comunidades para exprimir seus interesses na salvaguarda. O requisito probatório do consentimento prévio desses sujeitos coletivos como condição formal *sine qua non* para instauração dos procedimentos de reconhecimento do bem imaterial surge somente com a Resolução nº 01/2006.

Entretanto, já existia candidatura apresentada logo após a edição do Decreto nº 3.551/2000 que, independentemente da parte legítima da sociedade representar os interesses comunitários, anexou declarações formais de seus membros para manifestar a anuência com a aplicação do mecanismo. Foi o caso da inscrição da Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica dos índios Wajãpi no Livro das Formas de Expressão, em 2002. Isso ocorreu não por um imperativo constitucional do princípio da participação popular, mas porque a arte Kusiwa tinha se candidatado também a integrar a Lista de Obras-Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade da UNESCO na qual um dos requisitos principais para eleição era a comprovação, por meio de registros documentais ou audiovisuais¹⁰¹, do consentimento livre, prévio e informado da comunidade, grupo ou povo indígena diretamente interessado na inscrição, assim como também foi exigido a apresentação da implantação de ações de salvaguarda. A expressão passou a compor o patrimônio

¹⁰¹ Segundo Lucas Lixinski (2013, p. 44), o Comitê Intergovernamental do PCI, através das Diretivas Operacionais para Convenção de 2003, posteriormente, respeitando o direito costumeiro de grupos e comunidades, admitiu que a demonstração do consentimento prévio se desse igualmente por outros meios, de acordo com tradições culturais das partes interessadas.

imaterial da humanidade em 2003, o mesmo ocorrendo com outro dos primeiros bens registrados, o Samba de Roda do Recôncavo em 2005 (CORÁ, 2014, p. 258). Consta na Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados (2002-2010):

No caso da Arte Kusiwa a motivação para o registro como patrimônio cultural nacional foi construída no bojo de um movimento de articulação em curso entre os índios Wajãpi e instituições de pesquisa e documentação, no sentido de encaminhamento de candidatura de sua arte gráfica ao título de Obra Prima da Humanidade concedido pela Unesco. [...] O reconhecimento pela Unesco das expressões culturais dos Estados-membros era condicionado pela constituição e avaliação de dossiê de candidatura que deveria ser preparado. E uma espécie de pré-requisito para a candidatura era o reconhecimento na esfera do Estado-membro proponente. Também eram apresentadas como condições necessárias ao dossiê de candidatura a anuência e mobilização dos grupos, comunidades e segmentos sociais envolvidos; bem como uma espécie de 'planejamento de ações' com base no diagnóstico, para a implementação das ações de salvaguarda necessárias à produção e reprodução do bem cultural. Estas condições também foram adotadas, entre outras, para o registro na esfera do Iphan, no Brasil. (VIANNA et. al., 2011a, p. 18)

[...]

[...] vemos que a motivação foi a vontade política do ministro da cultura em ter o *samba* – no princípio genérico – reconhecido pela Unesco como patrimônio da humanidade. Pelos critérios da organização internacional a definição do objeto precisou ser refinada e vinculada às práticas de comunidades concretas, passíveis de políticas de salvaguarda, como se deu com os Wajãpi. O reconhecimento nacional – no caso o registro - foi um requisito para o reconhecimento internacional (VIANNA et. al., 2011a, p. 42).

Posteriormente, os bens culturais imateriais dessa Lista, por força do artigo 31 (1) da Convenção para a Salvaguarda do PCI, integraram automaticamente a Lista Representativa do Patrimônio Cultural Imaterial

da Humanidade (artigo 16)¹⁰². Assim também, a Convenção de 2003, no artigo 15, determinou aos Estados-Partes que todas as atividades de salvaguarda, da fase de identificação do PCI até a adoção das medidas de apoio, fomento e gestão, devem obrigatoriamente assegurar ampla participação de coletividades e indivíduos responsáveis pelos processos de produção e reprodução dos bens culturais imateriais. Segundo Loreta Bravo (2014, p. 366), “esta Convenção aporta uma nova compreensão da participação humana no que se determine como patrimonial”¹⁰³. A incorporação explícita deste dever ao Registro do PCI adveio das suas normas regulamentares infralegais complementares.

Nas Diretivas Operacionais da UNESCO para a Convenção de 2003 (UNESCO, 2010, p. 8), um dos critérios para integrar a Lista Representativa é a verificação, pelo Intergovernamental para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da submissão da manifestação da candidatura à consulta prévia e informada de grupos e comunidades detentoras do bem imaterial¹⁰⁴. Da mesma maneira, para integrar a Lista do Patrimônio Cultural Imaterial que Requer Medidas Urgentes de Salvaguarda¹⁰⁵ e a Lista de Melhores Práticas de

¹⁰² Além da Arte Kusiwa, o Brasil possui na Lista Representativa o Samba de Roda do Recôncavo, o Frevo como expressão artística do carnaval de Recife, o Círio de Nossa Senhora de Nazaré e a Roda de Capoeira. Todos são bens imateriais culturais salvaguardados pelo Registro.

¹⁰³ Tradução livre do original em espanhol: “[...] esta Convención aporta una nueva comprensión de la participación humana en lo que se determine como patrimonial”.

¹⁰⁴ Há outros quatro requisitos: (1) o bem ser considerado patrimônio cultural imaterial, nos termos do artigo 2º da Convenção; (2) a inscrição na Lista contribuir para a visibilidade do PCI, testemunhando a diversidade cultural e contribuindo para o favorecimento do diálogo entre as culturas; (3) o desenvolvimento de medidas de salvaguarda e; (4) o bem deve obrigatoriamente figurar em Inventário de Patrimônio Cultural Imaterial Nacional, de acordo com os artigos 11 e 12 da Convenção de 2003 (UNESCO, 2010, p. 8). Quanto ao último critério, embora não seja obrigatório (CORÁ, 2014, p. 204), o IPHAN vem adotando a metodologia do INRC antes do Registro.

¹⁰⁵ Além do requisito da participação popular e dos critérios (1), (3) e (4) da Lista Representativa, enumerados na nota de rodapé anterior, a inscrição na Lista de Medidas Urgentes dependerá da: a) *demonstração de perigo* em que o bem se encontra apesar dos esforços empreendidos por grupos,

Salvaguarda da Convenção de 2003¹⁰⁶, a candidatura deve comprovar a submissão ao crivo da participação popular. Porém, mesmo no âmbito internacional, há dificuldades de quem poderá representar esses sujeitos e de como comprovar essa representação:

comunidades, indivíduos e pelo Estado para interromper essa situação, ou da *demonstração da urgência* por ocasião de danos e ameaças pelas quais é necessária a adoção imediata de medidas de salvaguarda e; b) *consulta* ao(s) Estados-Partes no(s) qual(is) o bem imaterial está localizado, *em casos de extrema urgência* (UNESCO, 2010, p. 6). A criação desta Lista inspirou-se na Lista do Patrimônio em Perigo da Convenção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Contudo, de acordo com Clara Cabral (2011, p. 151), não se deve atribuir a mesma conotação negativa à “situação de perigo” da Lista da Convenção Mundial, pois aqui há possibilidade de o Estado reconhecer problemas na salvaguarda sem encará-los como uma sanção ou reprimenda, já que o intuito de inserção nessa relação é “encontrar soluções para salvar as manifestações do patrimônio imaterial. [...] Esta situação deverá ser contrariada através de ações de sensibilização veementes, sem as quais certamente se perderão oportunidades únicas para salvar práticas e manifestações atualmente muito debilitadas mas que constituem parte integrante da memória e identidade das comunidades”. O Brasil possui nessa relação da Convenção de 2003 o ritual Yaokwa do povo Enawene Nawe para a manutenção da sua ordem social e cósmica, Inscrito no Livro de Registro de Celebrações, em 2010.

¹⁰⁶ Segundo o artigo 18 (1) da Convenção de 2003, a Lista de Melhores Práticas é composta por programas, projetos e atividades de salvaguarda nacionais, regionais ou sub-regionais, que sejam reflexo dos princípios e objetivos da Convenção e expressem a supressão das necessidades particulares dos países em desenvolvimento. Além dos requisitos acima expressos no texto da própria Convenção e a exigência da participação popular, são critérios para integrar essa Lista: a) as medidas de salvaguarda devem se coadunar com as mencionadas na definição do artigo 2º (3) da Convenção de 2003; b) deve-se comprovar que as medidas são eficazes na viabilidade do PCI; c) as medidas devem servir para representar possíveis modelos a outras atividades de salvaguarda; d) comunidades, grupos, indivíduos, Estados-Partes e órgãos encarregados da implementação das medidas devem concordar com a cooperação da difusão dessas práticas, caso seja selecionado e; e) as medidas devem ser suscetíveis de avaliação de resultados (UNESCO, 2010, p. 8). Estão inscritos na Lista de Melhores Práticas os editais de chamada pública para apoio e fomento a projetos do PNPI e o Museu Vivo do Fandango.

[...] [As Diretivas] exigem a participação das comunidades e grupos em todos os momentos da salvaguarda, desde a identificação e inventariação do património cultural imaterial até à definição e execução de planos de salvaguarda, sendo mesmo necessário dar provas desse envolvimento nos processos de candidatura às Listas da Convenção.

[...]

Efetivamente, a maioria das comunidades são constituídas de forma informal, tornando-se difícil identificar quem poderá falar em nome de todos relativamente a determinada manifestação do património cultural imaterial ou autorizar a sua inventariação, a execução de um dado projeto de salvaguarda ou candidatura a uma lista da Convenção. (CABRAL, 2011, p. 41-42)

De certa maneira, o consentimento prévio é apenas uma etapa do direito à consulta de povos e comunidades tradicionais que deve ser observado no INRC, na instauração e na revalidação do Registro do PCI e na execução da política de salvaguarda, como exercício do direito humano (fundamental) de participar ativamente da vida cultural e garantia do *princípio da participação popular*. Nesse sentido, o IPHAN, obrigatoriamente, tem de se assegurar, no que concerne a obtenção das provas da anuência prévia na instauração ou na revalidação do Registro do PCI, se a parte que requereu o reconhecimento do bem imaterial, ou suas Superintendências na reavaliação, respeitaram: 1) o direito à informação das comunidades, esclarecendo sobre o que é o Registro, como funciona seus procedimentos, quais seus efeitos, quais as obrigações do Estado e quais os impactos econômicos e socioculturais previstos, com uso de linguagem, idioma, métodos e recursos adequados e adaptados à realidade de povos, grupos e comunidades tradicionais detentores do PCI em questão; e 2) o direito à autodeterminação desses sujeitos, suas formas de organização social, representação, deliberação e envolvimento comunitário.

Todavia, ainda que não seja a parte legítima para a instauração do Registro, mas tenha manifesto interesse, o Poder Público deve dar suporte e apoio logístico para o exercício do direito à consulta, com apoios educacionais, científicos, linguísticos, técnicos e jurídicos. Essa preocupação com as formas de mobilização social das comunidades para concessão de anuência prévia no emprego das medidas de salvaguarda do

PCI também está nas Diretivas Operacionais da UNESCO para implementação da Convenção de 2003:

[...] recomenda-se que a sensibilização para importância de manifestações específicas do património cultural imaterial seja levada a cabo com a participação das comunidades e grupos e em seu benefício, contando com o seu consentimento prévio, livre e informado, e seguindo as práticas consuetudinárias que regem o acesso a aspectos específicos do património. Por outro lado, deverá haver o máximo cuidado para que as ações de sensibilização não descontextualizem as manifestações, apresentem os praticantes de forma retrógrada ou pouco digna, justifiquem qualquer tipo de discriminação, facilitem o uso indevido de conhecimentos e saberes-fazer, fomentem uma comercialização excessiva ou favoreçam um turismo inadequado que possa pôr em risco o património cultural imaterial em causa (CABRAL, 2011, p. 131-132).

No Termo de Referência de Diretrizes e Princípios para identificação, reconhecimento e preservação de bens culturais de Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana ou Afroameríndia, a *participação popular* é tida como pressuposto de qualquer *macroprocesso* da política de salvaguarda do PCI. Segundo a orientação, o processo dialógico com as comunidades tradicionais não se restringe ao início da instauração dos mecanismos de reconhecimento. A participação social é entendida como mobilização social permanente das comunidades para gestão do PCI e articulação com outras esferas sociais existentes no âmbito da condução das políticas públicas. A diretriz privilegiou os processos decisórios consensuais nas comunidades como modelo de garantia de seu protagonismo e apresentação de demandas ao Poder Público, tal como, por exemplo, nos casos de apropriação indevida de seus bens imateriais por terceiros e no planejamento e execução das políticas de salvaguarda.

Apesar de a Convenção de 2003 da UNESCO, a Convenção 169 da OIT e as normas complementares do Registro apontarem para um modelo de participação das comunidades como agentes culturais empoderados, ativos, controladores dos processos de produção e reprodução dos bens culturais imateriais, autogestionados nas atividades de transmissão e continuidade histórica do patrimônio, em verdade o que

prevalece é um modelo de participação como parceria estratégica (CABRAL, 2011, p. 173-174). Nesse paradigma preponderante, esses sujeitos, sem perder sua autonomia, dividem a construção e o desenvolvimento de projetos, ações, planos e políticas de salvaguarda, com a competência de especialistas externos, em geral do Estado ou do órgão de proteção do patrimônio, e planejam sua execução em conjunto com esses agentes externos, de maneira que todos participam e contribuem com compartilhamento de informações.

Além da participação social dos próprios interessados no reconhecimento, isto é, de povos, grupos e comunidades tradicionais que são detentoras diretas do PCI, há outros meios de integração democrática de outros segmentos sociais no processo do Registro do PCI, para além da legitimidade de requerê-lo simplesmente.

Antes do final da *fase decisória* do Registro, após a emissão dos pareceres jurídico e técnico da Procuradoria e do IPHAN, a Autarquia Federal, por força do artigo 31 da Lei de Processo Administrativo, pode realizar consulta pública para colher manifestações de terceiros acerca do pedido de Registro, e, em face do artigo 32 da referida norma e da Resolução nº 01/2006, organizar audiência pública para discutir com a sociedade questões relevantes sobre a importância da salvaguarda dos bens culturais imateriais. Além disso, a Lei nº 9.784/99 prevê, no artigo 33, que há outros meios e formas de participação cidadã, seja diretamente ou através de representações coletivas como associações e organizações; a Autarquia Federal e o Conselho Consultivo poderiam se valer desses meios para discutir com a sociedade os *requisitos materiais* de concessão do Registro ou aspectos práticos sobre sua extensão, aspectos essenciais do bem etc. O raciocínio é válido também para o processo de reavaliação do Registro do PCI (SOARES, 2009, p. 327).

Segundo o disposto no artigo 34 da Lei de Processo Administrativo, os resultados da audiência ou da consulta pública e de quaisquer meios de participação adotados são encaminhados à autoridade decisória com a indicação do procedimento que fora adotado para recolha de opiniões, registro dos debates ou outro produto. Essa técnica pode subsidiar o Conselho Consultivo. Atualmente, a audiência pública é requerida pelo Conselho quando há manifestações sociais dissonantes ao pedido. Elas resultam da expressão da opinião da sociedade, após a publicação de Aviso com a orientação do IPHAN sobre o Registro do PCI, recebidas dentro do prazo infralegal de trinta dias.

A necessidade de participação popular não se encerra no ato declaratório do Registro do PCI. Ela acompanha seus efeitos e orienta o

planejamento, a avaliação e a execução das ações de apoio e fomento aos bens culturais imateriais registrados.

Durante a identificação e o processo de reconhecimento, a participação popular é determinante na valorização do bem cultural imaterial, uma garantia de sua continuidade e transmissibilidade. É, também, em virtude do processo de mobilização social pós-Registro, que os detentores se organizam de forma a controlar e proteger os processos de produção e reprodução do bem cultural imaterial atribuindo efeitos ao instrumento de salvaguarda, inicialmente não previstos pelo seu Decreto regulamentar, principalmente contra usos de terceiros que indiscriminadamente se apropriam de expressões e saberes-fazer para fins de comercialização, emprego em produtos sem autorização ou estabelecimento de exclusividades excludentes dos direitos culturais de comunidades tradicionais. Esses podem ser um dos efeitos que a excessiva visibilidade do reconhecimento ocasione à valorização, ou seja, restrinja-se às questões puramente econômicas que comprometam a sustentabilidade do PCI e as formas tradicionais de valor de troca e de uso de seus elementos no seio comunitário.

Em outra vertente, a participação mobiliza outros atores e sujeitos para promoção da gestão e da responsabilidade compartilhada do bem na política de salvaguarda, o que faz com que sejam estabelecidas estratégias, orientações e junção de forças para coibir terceiros de se apropriar indevidamente do bem cultural imaterial e fixe limites para a atuação do IPHAN, instituições governamentais e não governamentais e outros órgãos estatais. Dessa forma, *participação popular* e *mínima intervenção* implicam-se mutuamente. Sua concretização influencia nos aspectos práticos dos efeitos jurídicos do Registro do PCI.

3.4 Efeitos jurídicos do Registro

Muito se debateu na formulação do Decreto nº 3.551/2000 sobre quais seriam os efeitos do Registro do PCI. À época, as posições no GTPI, na Comissão, no meio dos seus colaboradores, dividiam-se entre aquelas que defendiam que o ato declaratório apenas titularia o bem registrado como patrimônio cultural imaterial brasileiro e traria obrigações para o Estado de realizar ações de apoio, fomento e valorização para garantir sua continuidade e transmissão, e as que advogavam que o ato final do Registro constituiria direitos coletivos, em particular, intelectuais sobre os processos de formação, produção e reprodução de expressões e modos de saber-fazer tradicionais. O peso político dessa decisão influenciou, inclusive, a escolha do tipo normativo que o regulamenta, afastando a

priori o segundo posicionamento de que o Registro não seria ato constitutivo, pois Decretos não poderiam criar direitos.

Por óbvio, não se tinha em mente a aplicabilidade imediata do direito fundamental ao patrimônio cultural de grupos e comunidades tradicionais, sendo o Registro um mecanismo garantidor de sua concretização. Tampouco se considerou os dispositivos constitucionais que garantiam direitos coletivos de povos indígenas e quilombolas, e ainda não estava em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção 169 da OIT e a Convenção para Salvaguarda do PCI da UNESCO de 2003 que, juntamente com a legislação infraconstitucional posterior, estabelecia direitos econômicos, sociais e culturais de povos e comunidades tradicionais.

Assim, prevaleceu a ideia de que os efeitos jurídicos do Registro eram apenas os *declaratórios imediatos explícitos* do Decreto, cujo domínio paradigmático se estendeu nos primeiros anos da política de salvaguarda. Isso significa que o mecanismo de reconhecimento dos bens culturais imateriais criava apenas obrigações ao Poder Público, mas, diferentemente do tombamento, não impunha qualquer tipo de restrições a terceiros, principalmente no que concerne ao exercício do direito de propriedade, tampouco impelia deveres aos detentores desse patrimônio responsáveis por sua transmissão e continuidade.

Por outro lado, desde os debates sobre a criação do Registro até o início de sua vigência, alimentou-se entre grupos e comunidades tradicionais a expectativa de que o ato declaratório representasse a constituição de direitos coletivos, que os protegessem da investida das relações predatórias com o mercado (indústrias culturais, farmacêuticas, alimentícias etc.) e das limitações às atividades e aos resultados de produção e reprodução do bem cultural pelo Poder Público. Na ausência de clareza e comunicação do IPHAN sobre os efeitos do Registro, pois os esclarecimentos são exigência do respeito ao direito à informação nas fases que antecedem a aplicação de qualquer instrumento de salvaguarda, esses sujeitos coletivos puseram-se a interpretar o ato administrativo com efeitos expansivos maiores do que os imaginado na promulgação do Decreto.

Suas supostas expectativas de direito converteram-se em fonte de produção normativa de fato, seja por meio do *uso positivo* do Registro como modelo preventivo de conflitos, ou por mobilização social e pressão ao próprio IPHAN para que, no exercício de suas competências e de seu poder de polícia, agisse em defesa do PCI ou mediasse situações em que os direitos coletivos comunitários estivessem em risco ou ameaçados por terceiros, e através do *uso defensivo* nos casos nos quais a ação de

terceiros, por meio de apropriações indevidas dos bens culturais imateriais, consolidaram violações que necessitavam ser reparadas. Isso aconteceu especialmente em disputas jurídicas nas quais a centralidade foi ocupada pela reivindicação de direitos intelectuais coletivos, frente a sujeitos que, sem autorização, deram outra destinação a expressões e saberes integrantes do PCI, e na desilusão de alguns detentores com os efeitos meramente declaratórios do Registro, quando o associaram com mecanismos ordinários e usuais da propriedade intelectual já regulada no Brasil para fortalecer a continuidade do bem de acordo com um maior grau de proteção que pretendiam.

Poderá causar estranheza e algum susto a importância primordial atribuída às comunidades e grupos nos processos de patrimonialização e na salvaguarda e gestão do patrimônio assim criado. Devemos, contudo, ter em mente que todos nós fazemos parte de uma qualquer comunidade [...] (CABRAL, 2011, p. 207)

De fato, o ato do Registro do PCI transformou-se em veículo da afirmação de direitos culturais coletivos pré-existentes reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, legislação infraconstitucional e convenções dos quais o Brasil é parte, e foi apropriado como fonte do pluralismo jurídico dos diversos e heterogêneos direitos costumeiros de povos, grupos e comunidades tradicionais, identificados pelo mecanismo como detentores responsáveis pela dinâmica do fluxo de saberes, fazeres e viveres registrados. Inicialmente, falava-se apenas em crenças e expectativas diante do Registro (QUEIROZ, 2016, p. 123), mas, se o mecanismo for interpretado sistemicamente com garantias de direitos culturais de outra ordem, constata-se que ele também possui *efeitos constitutivos mediatos implícitos*, decorrentes do uso que os beneficiários do Registro dele fazem na defesa preventiva ou comissiva de seus direitos, cuja observância se manifesta em *standards* de referência, execução, avaliação e monitoramento da própria política de salvaguarda do PCI, e na atuação do IPHAN enquanto Autarquia Federal cuja finalidade é preservar, proteger e promover o patrimônio cultural, nos termos do artigo 216 da Constituição Federal de 1988. Assim, a tomada de consciência legal do ato do Registro do PCI por povos, grupos e comunidades tradicionais alterou a interpretação restritiva sobre os seus efeitos:

Mais importante para entender o lugar da consciência legal na pesquisa sociolegal, a consciência legal nessa conceptualização não é

mais algo individual ou meramente idealizado; A consciência é interpretada como um tipo de prática social, no sentido de que ela tanto reflete como forma estruturas sociais. Assim como a cultura implica tanto a prática como o sistema, a consciência é desalojada da mente de um conhecedor individual, na medida em que o conhecimento implica sempre a invocação de esquemas culturais coletivos e o emprego de recursos diferencialmente disponíveis.

A consciência emerge, ao mesmo tempo em que molda, de estruturas sociais contestadas em lutas ideológicas ou subsumidas em práticas hegemônicas. O estudo da consciência jurídica é a busca das formas de participação e interpretação através das quais os atores constroem, sustentam, reproduzem ou modificam as estruturas circulantes (contestadas ou hegemônicas) de significados relativos à lei. A consciência jurídica não pode ser entendida independentemente do seu papel na construção coletiva da legalidade – como formas de consciência se combinam para constituir a legalidade ideológica ou hegemônica (SILBEY, 2005, p. 334)¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Tradução livre do original em inglês: “Most importantly for understanding the place of legal consciousness in sociolegal research, legal consciousness in this conceptualization is no longer something that is individual or merely ideational; consciousness is construed as a type of social practice, in the sense that it both reflects and forms social structures. Just as culture implies both practice and system, consciousness is dislodged from the mind of an individual knower, insofar as knowing always entails the invocation of collective cultural schemas and deployment of differentially available resources.

Consciousness emerges out of, even as it shapes, social structures contested in ideological struggles or subsumed in hegemonic practices. The study of legal consciousness is the search for the forms of participation and interpretation through which actors construct, sustain, reproduce, or amend the circulating (contested or hegemonic) structures of meanings concerning law. Legal consciousness cannot be understood independently of its role in the collective construction of legality – how forms of consciousness combine to constitute ideological or hegemonic legality.”

Mais do que um processo jurídico-administrativo, o Registro é um processo social (VIANNA et. al., 2011a, p. 7). Tanto o reconhecimento dos bens como a política de salvaguarda dependem não só da identificação dos atores e sujeitos envolvidos na sua proteção, mas também da avaliação dos seus graus de relação e interação e dos “interesses, conflitos e princípios de solidariedade” (VIANNA et. al., 2011a, p. 9) que os regem. Como instrumento de reconhecimento do valor cultural de um bem imaterial, ele é, antes de tudo, uma ferramenta para exercício do direito das comunidades e grupos tradicionais ao seu próprio patrimônio e um balizador das ações do Poder Público no campo das políticas culturais, servindo igualmente de limitador a terceiros:

A proteção que o registro é capaz de oferecer se materializa no reconhecimento da existência e valor de determinada manifestação cultural. Registrar documentalmente a existência da manifestação é ato protetivo na medida em que constitui prova capaz de dar suporte a ações que visem impedir posterior utilização indevida dos conhecimentos e práticas envolvidos na manifestação cultural (MIRANDA, 2006, p. 106).

Dessa maneira, o Registro não possui efeitos meramente declaratórios. Contudo, os *efeitos mediatos implícitos* dependem do conhecimento prévio das obrigações imediatas criadas pelo Decreto nº 3.551/2000. Nesse sentido, é necessário analisar os instrumentos de apoio e fomento da política de salvaguarda que ocorrem posteriormente ao Registro, a fim de compreender o uso do ato declaratório como fonte para reivindicação, defesa e proteção de direitos coletivos, em especial os direitos intelectuais.

3.4.1 *Efeitos Imediatos Explícitos Declaratórios*

Há dois deveres expressos ao Estado após o ato declaratório do Registro no Decreto nº 3.551/2000: 1) a permanente documentação acerca do bem cultural imaterial com a consequente inclusão do material levantado e produzido no processo em um Banco de Dados; e 2) a necessidade de ampla divulgação e promoção do patrimônio registrado.

No primeiro caso, sabe-se que o IPHAN mantém, em seu sítio eletrônico e nos arquivos da COPEDOC e do DPI, toda documentação referente a cada reconhecimento. O cumprimento dessa obrigação facilita a identificação do bem, atende a um princípio de publicidade jurídico-administrativa sobre os atos do IPHAN, presta-se ao acesso à informação

dos cidadãos em geral, assim como ajuda no sistema de gestão, avaliação e monitoramento da política de salvaguarda. No segundo caso, não há descrição mínima de como a Administração irá realizar as tarefas de difusão e promoção do patrimônio, embora o primeiro dos deveres aparente ter mais o caráter exemplificativo, mas há um comando no sentido de torná-las as mais extensas possíveis, de maneira a concretizar os direitos de acesso à cultura e o direito ao patrimônio cultural. Também há, aqui, uma maior liberdade discricionária na escolha das formas; contudo, como visto, não se pode ignorar a participação popular direta dos interessados na salvaguarda.

De outro modo, a criação do PNPI pelo Decreto, embrionária e aparentemente, conduzia a conclusão de que se tratava de um programa de ações de apoio e fomento, com fins de difusão e promoção, de sustentáculo ao processo de reconhecimento de bens culturais imateriais. Contudo, a prática da política de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial estruturou-se juridicamente de forma que essa é apenas uma das suas linhas de atuação transversal, que alcançam todos os *macroprocessos*, não se restringindo somente ao *Apoio e Fomento*. De acordo com o artigo 6º da Portaria nº 200/2016, o PNPI tem como atividades típicas:

I - *Pesquisa, documentação e informação* – contempla ações de produção de conhecimento e documentação nas suas diferentes modalidades – inventário, mapeamento, etc. -, assim como aquelas de sistematização de informações, constituição e implantação de banco de dados, incluindo o apoio à produção, conservação de acervos documentais e etnográficos, considerados fontes fundamentais de informação sobre o patrimônio cultural imaterial.

II - *Reconhecimento e valorização* - contempla ações que visam reconhecer do valor patrimonial dos bens culturais imateriais que são referenciais culturais para comunidades detentoras, possuem continuidade histórica e relevância nacional, por meio dos instrumentos legais de reconhecimento, ocasionando a ampla divulgação e promoção desses bens culturais reconhecidos e valorados.

III - *Sustentabilidade* – contempla ações que têm como objetivo apoiar a sustentabilidade de bens culturais de natureza imaterial, considerando focos de atuação diversos, que incluem desde a transmissão de conhecimentos e saberes, até o

fortalecimento das condições sociais e materiais de continuidade desses bens, incluindo ainda o apoio a atividades de organização comunitária e a constituição de instâncias de gestão compartilhada da salvaguarda, envolvendo instâncias públicas e privadas.

IV - *Promoção e Difusão* – contempla ações de divulgação visando à apropriação, pela sociedade civil, da Política de Salvaguarda do Patrimônio Imaterial, através do desenvolvimento de programas educativos, de ações de sensibilização para a importância do patrimônio cultural imaterial e da promoção das ações desenvolvidas e dos bens culturais imateriais reconhecidos ou inventariados.

V - *Capacitação e fortalecimento institucional* - contempla ações de formação e capacitação de agentes para gestão da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, incluindo apoio a instituições e centros de formação públicos ou privados, voltados para o desenvolvimento metodológico no campo da preservação e transmissão de conhecimentos tradicionais.

A partir de suas diferentes linhas de atuação, vê-se que, como política pública pontual, racional, técnica, do patrimônio imaterial, o PNPI existe de “forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados” (BUCCI, 2006, p. 26). Por sua abrangência, complementa as lacunas do próprio instrumento de salvaguarda para reconhecimento, o Registro, com a maleabilidade de se adaptar à singularidade e à realidade de cada caso de expressão, manifestação, saber, lugar, celebração, dentre outros bens imateriais registrados, de acordo com o objetivo e o resultado a serem alcançados em cada ação ou plano de salvaguarda. Para Antônio Arantes (2009, p. 209), referindo-se às políticas culturais para o PCI,

[...] quaisquer que sejam os parâmetros, eles devem ser flexíveis, a fim de se adequarem tanto às características específicas das práticas culturais designadas como patrimônio cultural imaterial, quanto às singularidades dos contextos em que são transmitidas, executadas e salvaguardadas.

O PNPI é o desenho político da dimensão material, conteudística da política de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Como

programa, ele individualiza os tipos de ação e os resultados que com ela pretende atingir (BUCCI, 2006, p. 40), assim como define, como visto, os instrumentos operativos, no caso dos *macroprocessos* e *processos* de salvaguarda, de avaliação (monitoramento) e recursos administrativos e financeiros para execução (orçamento, editais, incentivos fiscais etc.). De acordo com Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 43):

O programa contém, portanto, os dados extrajurídicos da política pública. Os instrumentos de formalização jurídica da política podem explicitar de forma mais ou menos clara os termos do programa, mas é certo que quanto mais próximos ambos estiverem, maior é a condição de efetivação jurídica da política. É o que se chama de ‘modelagem jurídica’.

Apesar de a arquitetura do PNPI ter sido estruturada por meio da Portaria nº 200/16, a modelagem jurídica do programa que mais energicamente está relacionada com a fase pós-reconhecimento é que induz a ações e planos coordenados de apoio e fomento. Estão, dentre os objetivos do programa, incentivar e apoiar iniciativas e prática de salvaguarda protagonizadas pela sociedade civil (artigo 3º, inciso IV, da Portaria nº 200/16). Assim, tem-se, como efeitos explícitos do próprio Registro, a realização de ações e planos de salvaguarda, como concretização da obrigação estatal de divulgar e promover amplamente o bem cultural imaterial registrado. Segundo Maria Amélia Corá (2014, p. 218), as ações e planos seriam os limiares entre o fim do processo do Registro e o embrião da política de salvaguarda do bem imaterial.

Se hoje proceduralmente para a organização e planejamento do IPHAN, essa concatenação da política de salvaguarda é suficientemente lógica, nos primeiros processos de Registro não estava certo em que consistiam as ações ou planos de salvaguarda. Isso ocorreu na denominada fase especulativa da política de salvaguarda do PCI (2000-2006). Para Leticia Vianna et. al. (2014, p. 3), além desse período, pode se classificar as demais fases em *implementação* (2007-2012) e *consolidação* (2013–); ainda assim, estaria em curso, atualmente, uma fase almejada de *estabilização*¹⁰⁸.

No período especulativo, o que existiam eram recomendações ou

¹⁰⁸ Como se verá a seguir, essa classificação temporal do histórico da salvaguarda será adotada para designar as três fases de realização dos planos de salvaguarda.

“planos de ação” previstos nos dossiês constituídos na instrução do Registro do PCI e consolidados ao final do processo como síntese dos elementos essenciais e identificadores dos bens culturais imateriais e dos responsáveis por sua continuidade e transmissão. Nessa primeira fase, correspondente aos quatro primeiros registros e a introdução do INRC como metodologia preferencial de identificação do PCI, as recomendações dos dossiês funcionavam como os planos para orientar as ações das Superintendências do IPHAN (VIANNA *et al.*, 2014, p. 2-3).

Porém, enfrentou-se a resistência da solidificação da noção de patrimônio cultural que o IPHAN consolidou, em mais de sessenta anos de prática do tombamento e gerenciamento de reconhecimento de valores culturais ainda aprisionados a uma ótica calcada em bens imateriais. A mudança administrativa, com a criação do DPI, antecipou a forma como se concebem os *macroprocessos* do PNPI, porém, em matéria de apoio e fomento, a Autarquia era limitada pelo orçamento exíguo, o que prejudicava a observância das Superintendências Estaduais das recomendações dos dossiês, quando não, a realidade transformou o IPHAN em captador de recursos para a promoção dos bens imateriais (VIANNA *et al.*, 2014, p. 2-3).

Houve, nesse período, a consolidação da *participação popular* como princípio do Registro, com a aproximação de detentores e comunidades interessadas na salvaguarda do instrumento ao IPHAN. O patrimônio cultural deixou de ser matéria exclusiva das elites, de intelectuais e de especialistas técnicos, para ser apropriado pelos sujeitos que de fato, em seu cotidiano, atribuem-lhe valor, vivenciam-no, praticam-no, produzem-no e reproduzem-no. Na prática da salvaguarda do PCI, os detentores deixaram de ser objeto e passaram a ser sujeitos (VIANNA *et al.*, 2014, p. 11; SIMÃO, 2015, p. 240). Como não se tinha ao certo quais seriam os efeitos do Registro, o reconhecimento começou a ser utilizado não somente para exigir do IPHAN o cumprimento dos deveres de apoio e fomento, portanto *explícitos imediatos*, mas como garantia de titularidade de direitos intelectuais coletivos ou direitos coletivos de acesso às matérias-primas empregadas em modos de saber-fazer registrado:

A importância do conhecimento do universo do patrimônio cultural, as conceituações que embasam as práticas do registro e do inventário, implica as seguintes diretrizes de salvaguarda: a reprodução e a continuidade dos bens culturais vivos dependem de seus produtores e detentores, por isso, eles devem sempre ser participantes ativos

do processo de identificação, reconhecimento e apoio. Os direitos de imagem e de propriedade intelectual coletiva devem ser reconhecidos e defendidos, além de garantidos os benefícios que o processo de salvaguarda pode gerar para os produtores e detentores dos bens culturais imateriais. Além disso, consideram-se essenciais a garantia das condições sociais e ambientais necessárias à produção, à reprodução e à transmissão desses bens, bem como o fomento e o incentivo a projetos, visando à melhoria dessas condições (CAVALCANTI, 2008, p. 23).

Nessa fase embrionária, não apenas foram delineadas as formas de trabalho do IPHAN junto aos detentores, mas, igualmente, a própria definição do Plano de Salvaguarda. Entretanto, de início, isso ocorrerá na *fase de implementação* da política de salvaguarda do PCI, não em termos de definição jurídica. Faz-se a construção do que seria o Plano a partir desse vínculo entre proteção estatal e expectativas de direitos, com o Registro de grupos e comunidades e uma melhor orientação do IPHAN quanto aos princípios, às diretrizes, aos objetivos, às metas e aos instrumentos de gerenciamento, monitoramento e avaliação da política de salvaguarda. Assim, a Autarquia pôde traçar os limites de sua atuação e competência no que atine aos deveres atribuídos pelo Registro.

Dessa feita, os Planos de Salvaguarda são ações coordenadas e planejadas temporalmente, que “contribuem para a melhoria das condições socioambientais de produção, reprodução e transmissão de bens culturais imateriais [...]” (CAVALCANTI, 2008, p. 24). É certo que pelo PNPI, atualmente, as ações de salvaguarda podem ser desenvolvidas em bens não reconhecidos pelo Registro (§ 1º do artigo 13 da Portaria nº 200/2016), porém os Planos de Salvaguarda são declaradamente instrumentos de apoio e fomento de bens registrados. De acordo com a definição do § 2º do artigo 13 da Portaria nº 200/2016, Plano de Salvaguarda “é o instrumento por meio do qual se realiza um conjunto de ações planejadas para execução em curto, médio e longo prazo, visando a sustentabilidade dos bens culturais reconhecidos como Patrimônio Cultural do Brasil”.

Essa noção foi fruto da construção de um “Termo de Referência para a Salvaguarda dos Bens Registrados”, em 2010, no período em que houve as primeiras avaliações da política de salvaguarda e quando o apoio e fomento da fase de *implementação* ainda dependia das relações que o PNPI tinha com o Programa Cultura Viva e com seus Pontos e Pontões

de Cultura¹⁰⁹. Não se perdeu de vista a necessidade da presença de recomendações nos dossiês, mas se estabeleceu uma diferenciação entre elas e os Planos. Isso foi determinante para se instituir um alcance e sentido seguro do conceito de salvaguarda e suas formas de implementação.

Na Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados (2002-2010) (VIANNA et. al., 2011a, p. 93), distinguiu-se a noção de *recomendações de salvaguarda*, compreendida como indicativos orientadores do IPHAN para adoção de certos comportamentos e formas de agir, resultantes da mobilização social realizada na fase de instrução do processo de Registro, e a noção de Plano de Salvaguarda, como meio de execução das ações sugeridas pelos dossiês, definido no Termo de Referência. Em outras palavras, essas ações podem ser pontuais, não estando diretamente relacionadas ao Registro, mas, se estruturadas e aplicadas aos bens registrados, devem ser veiculadas através dos Planos de Salvaguarda que, do ponto de vista ideal, serão formulados conforme o princípio da participação popular e segundo as recomendações constantes nos dossiês.

Para garantia da integração, sistemática e permanente, entre o IPHAN e as comunidades e grupos tradicionais detentores dos bens culturais imateriais na formulação do Plano de Salvaguarda, assim como

¹⁰⁹ O Programa Cultura Viva, que, posteriormente, por meio da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014, veio a se tornar uma Política Nacional, é uma política cultural prioritariamente voltada para segmentos sociais brasileiros em situação de vulnerabilidade, ou cujo acesso aos direitos de acesso à cultura, à fruibilidade, aos meios de produção e difusão cultural, eram violados, negligenciados, invisibilizados ou ameaçados, requerendo maior reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, tais quais povos, grupos e comunidades tradicionais. Os instrumentos basilares dessa política se assentavam em parcerias entre o Poder Público e entidades jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e natureza cultural de referência comunitária denominadas de Pontos de Cultura. Esses espaços de referência da sociedade civil responsáveis por atividades culturais nas comunidades poderiam, em virtude dos princípios de autonomia e protagonismo social da política, articular-se em redes regionais, estaduais ou temáticas que congregassem vários Pontos de Cultura, em torno de uma pessoa jurídica de natureza e finalidade cultural e/ou educativa, sob a alcunha de Pontões de Cultura. Com os Pontões, também há previsão de desenvolvimento de atividades de interesse comum dos Pontos de Cultura incentivadas pela União.

a sua gestão compartilhada, a implementação foi acompanhada da criação de um comitê gestor. A gestão do Plano não se confunde com intervenções nas formas de produção, reprodução e transmissão dos bens imateriais registrados, mas designa uma maneira democrática de agregar segmentos sociais que colaborem com a execução da salvaguarda e ajudem a aperfeiçoá-la e concretizá-la, como universidades, organizações não-governamentais de defesa de direitos difusos e coletivos ou de defesa de povos, grupos e comunidades tradicionais, entidades representativas do universo cultural dos detentores, órgãos e entidades culturais pertencentes às esferas federativas nas quais sejam expressivas a representatividade e referência cultural do bem, dentre outras.

As recomendações, portanto, fazem parte do dossiê do *Registro* – resultado material de produção de conhecimento sobre o bem cultural. Já o plano evidencia uma proposta futura. É um entendimento coletivo sobre as melhores formas de preservar e valorar o bem, tendo em vista a criação de um pensamento compartilhado e duradouro sobre a importância de sua transmissão e manutenção. Por fim, as ações referem-se a atuações pontuais ainda sem uma visão global do processo. Estas diversas instâncias subentendem a existência de um comitê gestor bem estruturado e consensual, que dará estruturação ao plano de salvaguarda (SIMÃO, 2015, p. 225)¹¹⁰.

Com a modelagem jurídica do Termo de Referência para a Salvaguarda de Bens Registrados, através da Portaria IPHAN nº 299, de 17 de julho de 2015, os comitês gestores deram lugar aos *coletivos deliberativos*, que têm as mesmas funções, mas uma liberdade maior, de forma estabelecida a partir de cada contexto singular do bem cultural imaterial registrado e da deliberação sobre o tipo de organização pelos detentores. Assim, o coletivo pode assumir a natureza de um comitê, de um fórum, de um conselho ou de qualquer outra disposição organizativa, desde que seja acordada consensualmente entre os participantes externos e os detentores.

¹¹⁰ Nesse ponto, como há implicação direta das recomendações nos Planos, vê-se que a gestão da salvaguarda pode se dar no início do INRC, onde há as primeiras consultas sobre o interesse da identificação e reconhecimento do bem nas comunidades.

O Termo de Referência para Planos de Salvaguarda, documento técnico elaborado pelo DPI/IPHAN, informa sobre os requisitos para implantação do Plano de Salvaguarda, como a inscrição do Bem em um dos livros de *Registro* e a elaboração de um planejamento estratégico baseado no diagnóstico e nas recomendações de salvaguarda arrolados no processo de *Registro*. Este planejamento estratégico é elaborado e executado com base na interlocução continuada entre Estado e sociedade (SIMÃO, 2015, p. 224).

Vale ressaltar que, pela amplitude da referência cultural de alguns bens imateriais no país, o *coletivo* pode abrigar múltiplas instâncias de participação, que congreguem a opinião das formas autoorganizativas de diversas comunidades e grupos e de segmentos sociais espalhados pelo território. Por outro lado, há casos nos quais o próprio contexto se encarrega de identificar precisamente os partícipes ou os coletivos já existam, cabendo ao IPHAN mediar a interlocução entre eles. A gestão do Plano pelos *coletivos* não implica na criação de pessoa jurídica, tampouco há transferência da administração de recursos financeiros para execução das ações de apoio e fomento, pois suas tarefas se circunscrevem em elaborá-lo, planejá-lo e acompanhá-lo. Tanto assim que o IPHAN recomenda que os *coletivos* se utilizem de espaços físicos “neutros” denominados *Centro de Referências de Bens Registrados* para unir detentores e partícipes externos em quaisquer discussões sobre a organização do Plano de Salvaguarda.

Ainda nessa fase de *implementação* da Política de Salvaguarda, além da avaliação dos processos de Registro para delimitação das obrigações do Poder Público e atendimento das necessidades dos detentores, foram construídos métodos e indicadores de monitoramento e avaliação dos Planos. Isso porque se observou que o instrumento de reconhecimento trazia, por meio de seus efeitos declaratórios, situações sociais acerca dos bens registrados reclamando soluções através da política de salvaguarda. Não à toa que atualmente consta, entre as diretrizes do PNPI, além da promoção da salvaguarda por meio de apoio às condições materiais que assegurem os processos de transmissão e continuidade dos bens registrados, conforme o artigo 5º, inciso VI, da Portaria nº 200/2016, a diretiva de:

Apoiar, por meio de mediação junto às instâncias competentes, o reconhecimento e a defesa de direitos difusos, coletivos, autorais e conexos e de

propriedade intelectual no que se refere ao patrimônio cultural imaterial e seus detentores.

Na época da avaliação preliminar sistemática de quase uma década de prática do Registro (VIANNA et. al., 2011a), o IPHAN havia identificado casos nos quais os detentores de expressões e modos de saber fazer registrados ampliaram os efeitos do Registro com a crença de que a titulação de PCI brasileiro garantia direitos de propriedade intelectual ou com eles se assemelhavam. Tinham o título como um certificado de origem que lhe conferiam titularidade sobre o bem imaterial. Isso aconteceu com a defesa da arte Kusiwa pelos índios Wajãpi, contra os interesses de empresa de cosméticos que pretendia se utilizar de seus grafismos, na justificativa da solicitação do reconhecimento da viola-de-cocho como patrimônio imaterial, ou na salvaguarda do ofício das Paneleiras de Goiabeiras que, diante da escassez da matéria-prima natural das painelas e da criação de um aterro sanitário, queriam solucionar o acesso ao “barreiro” com a justaposição do Registro e de pedido de Indicação geográfica no INPI.

Observou-se que ao longo dos processos de salvaguarda não ficaram suficientemente claros o alcance e a consequência do registro para os detentores dos bens registrados. Alguns grupos de detentores tinham a expectativa de que o registro gerasse direitos, que ele fosse, por si só, um instrumento de proteção de propriedade intelectual e de garantia de direitos coletivos (VIANNA et. al., 2012, p. 75).

Ainda que os efeitos imediatos explícitos do ato declaratório do Registro apenas criassem obrigações ao Poder Público e não conferissem direitos, desde os resultados dessa macroavaliação na *fase de implementação* da política de salvaguarda, o IPHAN inclui, nos *eixos* e nas *tipologias das ações* dos Planos de Salvaguarda, a atenção à propriedade intelectual e aos direitos coletivos, além da produção de mapeamentos, de pesquisas, da produção bibliográfica, de registros fotográficos e audiovisuais, da educação patrimonial, das atividades de formação, capacitação, transmissão e uso sustentável de recursos naturais, da concessão de prêmios, como atividades que garantam a continuidade da dinâmica do bem cultural imaterial.

Contudo, a orientação que prevaleceu, no âmbito administrativo do IPHAN, foi a de que o Registro não cria direitos. Por outro lado, a Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados

(2002-2010) (VIANNA et. al., 2011a, p. 20), contraditoriamente, afirma: “É reconhecimento oficial do Estado em relação à titularidade coletiva do grupo, útil, para jurisprudência, mas não cria direito ou prerrogativa”. Se o ato válido e eficaz do Registro reconhece o bem imaterial como de relevante valor cultural, os sujeitos responsáveis por sua transmissão como titulares de um direito cultural coletivo, por que haveria a titulação declaratória ter validade probatória ao Poder Judiciário em conflitos judiciais concretos que se apresentassem, mas não teria o condão de vincular a Administração Pública?

O argumento parece querer justificar que o reconhecimento de direitos culturais coletivos não é objeto da política de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, portanto não estaria dentro das competências do IPHAN resguardar direitos que extrapolariam os limites de suas atribuições. Assim, a Autarquia se desincumbiria de tipificar ou aplicar sanções às violações de direitos culturais, que supostamente não estariam adstritas à salvaguarda do PCI. Tanto assim que a diretriz do PNPI que se remete a direitos difusos, coletivos, e de propriedade intelectual, menciona apenas o aspecto mediador de interesses do programa frente a outras instâncias competentes (INPI, FUNAI, Ministério Público, órgãos ambientais etc.) de reconhecimento e defesa desses direitos. Tal interpretação conduz às conclusões equivocadas de que o IPHAN não seria a instância administrativa adequada para essa finalidade, e de que o Registro não se prestaria a este fim. Em verdade, essa ótica restritiva fundamentaria omissões que não se coadunam com sua missão institucional e com as normativas que regem a política de salvaguarda.

Mesmo no início do *macroprocesso* de Identificação de bens culturais imateriais, o IPHAN obriga ao usuário da metodologia do INRC a assinar o Termo de Compromisso da IN nº 01/2009 em que se resguardam “os direitos de propriedade intelectual dos produtores dos bens culturais inventariados”. De modo contraditório, na Avaliação Preliminar (VIANNA et. al., 2011a, p. 119), nas recomendações geradas pelo relatório, traçou como indicativo orientar os Wajãpi “acerca dos limites do IPHAN no que diz respeito à aplicação dos direitos de propriedade intelectual”. Decerto, muitas das reivindicações dos detentores extrapolam, de fato, os limites das competências da Autarquia; contudo, a construção de efeitos do Registro associados a direitos fundamentais coletivos pré-existentes, em cujas bases se assentam os eixos da execução da política de salvaguarda, compreendida como medida de proteção do patrimônio cultural, vincula a atuação do IPHAN. Cada caso apresentado pelos detentores à Autarquia irá determinar o

modus operandi de sua atuação, o que não pode acontecer é a legitimação de sua omissão:

Isso não quer dizer que o IPHAN esteja obrigado a resolver todas as problemáticas atinentes aos bens culturais registrados, os quais, inclusive, demandam múltiplas ações, de diversas esferas de poder, e que muitas vezes esbarram na própria competência da Autarquia.

A vinculação refere-se à obrigatoriedade do órgão agir, como interessado, a partir da indispensável provocação das comunidades interessadas e eventualmente prejudicadas, ainda que a ação estatal seja frágil, limitada, porque depende, quase sempre, da junção de esforços de outros setores da Administração Pública e até da sociedade privada. Ao menos como mediador deverá agir ou, em algumas situações peculiares e desde que objetivamente expostas as razões, não agir (QUEIROZ, 2016, p. 135).

Um pouco mais tarde, a Portaria nº 194/2016, voltada à salvaguarda do PCI de povos e comunidades tradicionais de matriz africana e afroameríndia, em parte reforça esse entendimento de que a salvaguarda dos bens imateriais desses grupos humanos não é de exclusividade do IPHAN, requerendo esforços institucionais com outros atores sociais, órgãos e entidades públicas para concretização dos Planos de Salvaguarda cujo horizonte seja a sustentabilidade dos bens.

A avaliação preliminar deu origem às *Orientações para implementação da política, sistematização de informações, monitoramento da gestão e avaliação de resultados da salvaguarda de bens registrados* (VIANNA et. al., 2011b) que, antes da Portaria nº 299/2015, já estruturava os eixos e as tipologias de ação dos Planos de Salvaguarda, descrevendo as referências básicas do Termo existente desde 2010. Embora não esteja descrita na Portaria, a atenção à propriedade intelectual e aos direitos coletivos já constava como ação do eixo de produção e reprodução cultural (VIANNA et. al., 2011b, p. 22/31). Em suma, a fase de *consolidação* da política do PCI dividiu as atividades de apoio e fomento dos Planos, de acordo com o § 2º do Artigo 13 da Portaria nº 200/2016:

I - Produção e Reprodução Cultural - transmissão de saberes relativos ao bem Registrado; apoio às condições materiais de produção do bem cultural Registrado; constituição, aproveitamento e

adequação de espaço físico para Centro de Referência;

II - Difusão e Valorização do universo cultural do bem Registrado - constituição, conservação e disponibilização de acervos; ações educativas para diferentes públicos; ações visando à ampliação de mercado em benefício dos detentores para aqueles bens culturais Registrados cuja relação com o mercado seja constituinte de seu universo cultural.

III - Mobilização Social e alcance da Política: mobilização e articulação de comunidades e grupos detentores de bens culturais Registrados, inclusive por meio de pesquisas, mapeamentos e inventários participativos.

IV - Gestão Participativa no processo de salvaguarda - apoio à criação e manutenção de coletivos deliberativos e elaboração de planos e ações de salvaguarda, formação de gestores para a implantação e gestão de políticas patrimoniais.

Por entre esses quatro eixos, no planejamento das ações do Plano de Salvaguarda a curto, médio e longo prazo, são divididas quinze ações correspondentes:

Quadro 01 – Eixos e ações dos Planos de Salvaguarda¹¹¹

	Eixos	Ações
Eixo 1	Mobilização Social e Alcance da Política	1.1. Mobilização e Articulação de comunidades e grupos detentores
		1.2. Articulação Institucional e Política Integrada
		1.3. Pesquisas, Mapeamentos e Inventários Participativos
Eixo 2	Gestão Participativa no processo de salvaguarda	2.1. Apoio à criação e manutenção de coletivo deliberativo e elaboração de Plano de Salvaguarda
		2.2. Capacitação de quadros técnicos para a implementação e gestão de políticas patrimoniais
Eixo 3	Difusão e Valorização	3.1. Difusão sobre o universo cultural do bem Registrado
		3.2. Constituição, conservação e disponibilização de acervos sobre o universo cultural do bem Registrado
		3.3. Ação Educativa para diferentes públicos
		3.4. Editais e prêmios para iniciativas de salvaguarda
		3.5. Ampliação de mercado com benefício exclusivo dos produtores primários dos bens culturais imateriais (ação exclusiva para bens culturais cuja relação com o

¹¹¹ Segundo o Termo de Referência, a *implementação* do Plano ocorre na execução das primeiras medidas correspondentes aos três primeiros eixos de ação (1.1, 2.1 e 3.1). A *consolidação* do Plano adentra-se após executadas as ações previstas no planejamento da fase de *implementação*. A *estabilização* somente é alcançada com a autonomia plena da gestão do Plano pelos detentores, e suas atividades são consideradas sustentáveis. Tabela atualizada até o ano de 2015 com os bens registrados e os estágios da política de salvaguarda em cada um, pode ser encontrada em *O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais* (QUEIROZ, 2016, p. 119-121).

		mercado está posta no Dossiê de Registro como estruturante do universo cultural em questão)
Eixo 4	Produção e Reprodução Cultural	4.1. Transmissão de saberes relativos ao bem Registrado
		4.2. Apoio às condições materiais de produção do bem cultural Registrado
		4.3. Ocupação, aproveitamento e adequação de espaço físico para Centro de Referência
		4.4. Atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos
		4.5. Medidas administrativas e/ou judiciais de proteção em situação de ameaça ao bem cultural Registrado

Fonte: Termo de Referência para a Salvaguarda de Bens Registrados – Anexo da Portaria nº 299/2015.

Nas Orientações, já se apresentava um Roteiro de coleta de informações e monitoramento das ações e Planos de Salvaguarda cuja aplicação transformava-se em indicadores, variáveis e fórmulas do monitoramento de cada um dos treze tipos de ações iniciais que, com a Portaria nº 299/2015, foram ampliadas para quinze. No tipo 11 do formulário de pesquisa sobre a atenção à propriedade intelectual e aos direitos coletivos estão os parâmetros de pesquisa embrionariamente adotados pelo IPHAN. Em resumo, basicamente se concentram na estatística sobre ações judiciais que tenham por objeto a matéria da propriedade intelectual, seu resultado (ganha ou perda), a jurisprudência criada, a criação de instrumentos, e o registro de instrumentos tradicionais da PI associados aos bens culturais como patentes, marcas, certificações de origem e marcas (VIANNA et. al., 2011b, p. 54). No quadro de indicadores, além desses requisitos, há demonstração da forma de cálculo dos indicadores da ação atinente à PI, com inclusão de demandas judiciais vinculadas a direitos coletivos (VIANNA et. al., 2011b, p. 83).

Em quaisquer desses dois suportes de monitoramento e avaliação, considera-se a existência de direitos intelectuais coletivos sobre os bens culturais imateriais, mas somente a possibilidade de elementos e produtos desses processos de produção e reprodução do patrimônio serem protegidos de maneira associada a instrumentos tradicionais da PI (patentes, marcas, indicações geográficas), ou de serem tratados como direitos coletivos de outra ordem e natureza. E quando expressões e conhecimentos tradicionais registrados não puderem ser alcançados pelos

mecanismos de PI mencionados, ou mesmo pelo direito de autor? Ficarão desassistidos os grupos e comunidades tradicionais? A tomada de consciência legal sobre o Registro amplia não apenas seus efeitos declaratórios imediatos de criar obrigações para o Poder Público, mas abre espaço para a reivindicação de direitos intelectuais coletivos, cujas bases de fonte normativa não são apenas o direito costumeiro, eventualmente utilizado por povos e comunidades tradicionais, adotados em suas formas de organização social, mas também o reconhecimento dos seus reclames em si como “uma fonte ‘não-estatal’ geradora de direitos emergentes e autônomos” (WOLKMER, 2001, p. 156).

Apesar disso, o Termo de Referência de Salvaguarda tem, como ações obrigatórias do Plano de um bem imaterial registrado, atividades informativas sobre propriedade intelectual e a previsão de mediações administrativas frente algumas demandas que se apresentem ao IPHAN quando houver perigo iminente de ameaça aos bens imateriais ou configuração de danos:

EIXO 4 - Produção e reprodução cultural

Ações

4.4. Atenção à propriedade intelectual dos saberes e direitos coletivos - ações de apoio, esclarecimento e assessoria de modo a subsidiar as decisões dos detentores em relação à situações que envolvam questões de direitos de propriedade intelectual e coletivos concernentes aos saberes associados aos bens Registrados.

Atividades/produtos: reuniões; palestras; orientações.

Resultados esperados: detentores esclarecidos.

4.5. Medidas administrativas e/ou judiciais de proteção em situação de ameaça ou dano ao bem cultural Registrado - ações de mediação institucional de cunho administrativo e judicial, implementadas para situações excepcionais e complexas relativas aos bens Registrados em situação de ameaça ou dano. Exigem a comunhão de esforços das instâncias dos poderes públicos e sociedade civil.

Atividades/produtos: atas de reuniões; grupos de trabalho ou colegiados formados por instâncias do Estado e demais interessados; notificações ou recomendações por ofício; notificações extrajudiciais; termos de ajuste de conduta;

audiências públicas; representação ao Ministério Público; medidas compensatórias estabelecidas.

Resultados esperados: Solicitações de reversão da situação de ameaça ou dano atendidas; reversão de problemas que geram a ameaça; dano compensado. (Grifos em negrito e sublinhado originais)

A fase da *consolidação* da política de salvaguarda demonstra, em face da definição de normas técnicas complementares decorrentes das obrigações do Registro do PCI, que a modelagem jurídica das ações e planos de salvaguarda foi colmatada, na prática, pela reivindicação de direitos coletivos e pelas expectativas das comunidades e grupos tradicionais, conforme se demonstrará com a análise do próximo capítulo, dos processos administrativos nos quais o Registro fora utilizado como mecanismo de prevenção, defesa e proteção de direitos intelectuais. Mais que um instrumento de reconhecimento e valorização, de respeito à liberdade de criação, expressão e manifestação cultural de povos, grupos e comunidades tradicionais, o Registro é um catalizador dos deveres de proteção do Poder Público para com o PCI. Esses deveres se referem não apenas a condutas negativas do Estado de não intervenção na dinâmica do bem, mas de prestações positivas, promocionais como as que ocorrem por meio dos Planos de Salvaguarda. De outro modo, ameaças, lesões, danos, de indivíduos, de pessoas jurídicas, terceiros estranhos aos processos de formação, produção e reprodução dos bens culturais imateriais registrados, precisam ser coibidos e reparados.

O conceito de salvaguarda tem arestas em discussão. A principal preocupação daqueles que alertam sobre o risco envolvido na intervenção protetora dos Estados em dinâmicas culturais tradicionais refere-se aos efeitos expropriadores que podem ter estas medidas, toda vez que em seu entono se põem em jogo interesses de diversas naturezas (BRAVO, 2014, p. 373)¹¹².

¹¹² Tradução livre do original em espanhol: “El concepto de salvaguardia tiene aristas en discusión. La principal preocupación de quienes alertan sobre el riesgo que entraña la intervención protectora de los Estados en dinámicas culturales tradicionales se refiere a los efectos expropriadores que pueden tener estas medidas, toda vez que en su entorno se ponen en juego intereses de muy diversa naturaleza”.

As expectativas de produtores e detentores de expressões e conhecimentos tradicionais do PCI converteram-se para o Poder Público em normas complementares ao Registro, cuja adaptação fora progressiva, à medida que ações e Planos de Salvaguarda foram sendo executados, ainda que o IPHAN enfrentasse dificuldades para mobilizar socialmente os detentores. Sob outra perspectiva, os conflitos, gerados pela visibilidade que o Registro ocasionou aos bens imateriais salvaguardados, geraram demandas extrajudiciais que exigiram da Autarquia, minimamente, a postura de mediadora, mas cuja resolução a favor de povos, grupos e comunidades tradicionais alimentou a força de efeitos jurídicos não previstos no Decreto nº 3.551/2000.

Na maioria desses casos, como pano de fundo, estão as tensões entre mercado, representado por terceiros, interessados no uso dos bens culturais imateriais protegidos associados aos seus produtos, e os produtores e detentores de modos de saber-fazer, expressões tradicionais, praticantes de rituais e celebrações de cunho estético e sagrado, cujos produtos, bens associados ou o patrimônio cultural em si registrado, são usados indevidamente e descontextualizados, em geral, para aplicação industrial, serial, ou transformados em direito de exclusivo de propriedade intelectual dos atores do sistema econômico. Em geral, os atores do mercado desrespeitam os valores simbólicos dos bens registrados, ou modificam o valor de uso que os bens imateriais e seus produtos têm em comunidades, a ponto de preponderar valores de troca até então inexistentes ou de comprometer a sua continuidade e sua mutabilidade, com padronizações para consumo em larga escala.

Por isso, o ideal de um Plano de Salvaguarda é que se efetive um estágio concreto de *estabilização*, no qual os sujeitos coletivos responsáveis pela continuidade e transmissão dos bens culturais imateriais registrados alcancem um nível de conscientização e autonomia de suas competências, aptidões e potencialidades de autogestão na condução da política que não dependam sequer do apoio e do fomento estatal (VIANNA et. el., 2014, p. 4). Em termos pragmáticos, isso representa o objetivo maior a ser alcançado pelos Planos: a sustentabilidade dos bens culturais. Afinal, tem-se em mente que a necessidade de valorização do PCI desses sujeitos é, igualmente, uma tentativa de reduzir as desigualdades culturais oriundas de mazelas econômicas que produzem injustiças híbridas (desigualdade econômica, de gênero, racial etc.), cuja superação depende do seu enfrentamento com políticas sociais de redistribuição e reconhecimento (FRASER, 2008, p. 174-178). Por isso, o PNPI não pode ser enxergado como um programa cujas ações de apoio e fomento se resumam a identificar e reconhecer

referências culturais.

[...] não é possível criar comunidades sustentáveis se não se atender aos aspectos econômicos, se não for possível colmatar a pobreza em que vivem muitos grupos. Nesta perspectiva, e porque os recursos são escassos e deverão ser aplicados de forma ponderada e criteriosa, as ações em prol do património cultural imaterial deverão ser enquadradas em planos alargados e integrados que visem não apenas a salvaguarda do património cultural mas também o desenvolvimento socioeconómico dos grupos e comunidades envolvidos, atendendo sempre às suas aspirações. E para se conhecerem os desejos dos grupos e comunidades é necessário proximidade, atenção, vivências partilhadas. A salvaguarda do património cultural imaterial passa, portanto, pelo apoio do Estado às entidades que emergem das comunidades ou que trabalham em conjunto com as populações, ainda que a definição de medidas específicas de salvaguarda e de um plano a médio ou longo prazo deva ser resultado da reflexão de equipas multidisciplinares que integrem todos os agentes relevantes, para que possam ser devidamente atendidas as vertentes culturais, sociais e económicas do património cultural imaterial (CABRAL, 2011, p. 210).

Verifica-se que a observância dos deveres de apoio e fomento após o Registro do PCI, através dos Planos de Salvaguarda, revelam *efeitos constitutivos mediatos implícitos* do instrumento de reconhecimento, muito em razão dos usos que dele fazem os produtores e detentores dos bens imateriais.

3.4.2 *Efeitos Mediatos Implícitos Constitutivos*

O Registro do PCI como instrumento de reconhecimento é veículo da emancipação de sujeitos de direito que atribuem aos seus direitos culturais coletivos um carácter contra-hegemónico (BRAVO, 2014, p. 378) a noções de direitos humanos centradas exclusivamente na figura do indivíduo e na produção e interpretação normativas autorizadas e legitimadas por agentes estatais. A construção do reconhecimento e da valorização de bens culturais imateriais registrados é também um

processo de identificação e nomeação dos sujeitos responsáveis por sua produção, reprodução, transmissão e continuidade atual, cotidiana, que permite a consolidação do patrimônio como instância de referência cultural para sua memória e identidade e de outras gerações. Por isso, o objeto do Registro não é somente o bem de natureza imaterial, mas também seus detentores: comunidades, grupos, coletividades tradicionais, povos indígenas. Não há PCI sem a participação de grupos humanos unidos por vínculos sociais, econômicos e de identidade cultural que vivenciem sua dinâmica e dela façam parte.

Como garantia de concretização do direito cultural ao patrimônio cultural imaterial, dentro do Estado Sociocultural Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988, o Registro é ferramenta jurídica sujeita à interpretação constitucional de uma plêiade heterogênea de intérpretes em uma sociedade aberta (HÄBERLE, 1997). As variadas interpretações sobre a extensão de seus efeitos se dão em diferentes contextos, nos quais estão em questão interesses de natureza diversa (econômico, social, cultural) e reivindicações ou deslegitimação de direitos. A produção das interpretações, a partir dos conflitos envolvendo o PCI, determinam os direitos em questão e a maneira pela qual o Estado deve agir. Para Amanda Lacerda (2016, p. 5),

[...] os processos de interpretação constitucional não são objetos exclusivos do Estado ou do direito, pois leis e normas se articulam com um campo de vivência direta ou indireta e podem ser interpretados e modificados por uma esfera mais ampla de participantes.

No Registro do PCI, a batalha interpretativa sobre seus efeitos se dá basicamente entre a posição inicial do IPHAN de que o instrumento não criaria direitos, em especial direitos intelectuais sobre os bens imateriais registrados, e dos detentores, que possuem relação direta com o patrimônio, cuja crença é que o ato declaratório constituiria direitos que os protegessem da investida do Estado e de terceiros contra suas expressões, conhecimentos tradicionais, lugares sagrados e celebrações. Ainda assim, incluem-se nesse campo o mercado, instituições estatais de outras esferas de competência, organizações não-governamentais, os meios de comunicação, o sistema judiciário etc. Segundo Peter Häberle (1997, p. 09), os diferentes intérpretes da sociedade aberta “constituiriam forças produtivas de interpretação”. Os detentores de bens imateriais registrados, *in casu*, representariam uma dessas forças.

Esses sujeitos coletivos, em virtude de suas expectativas,

motivações e interesses no Registro, foram capazes de enunciar uma interpretação a partir do ato declaratório que os transformou em mecanismo de salvaguarda de direitos associados ao PCI, bem como provocaram e impulsionaram mudanças nos *macroprocessos* e nos *processos* de apoio e fomento do PNPI. Na prática, desnudaram *efeitos mediatos implícitos constitutivos* da titulação e dos deveres e obrigações estatais de promoção dos bens imateriais registrados, com base na própria interpretação que do Registro fizeram.

Puseram em xeque a leitura restritiva que se fazia inicialmente do Registro e obrigaram o IPHAN a modificar, retificar, alterar suas orientações no planejamento, execução, monitoramento e avaliação da política de salvaguarda e reinventar sua atuação na proteção do patrimônio cultural imaterial. Isso porque, conforme Peter Häberle (1997, p. 30), “a interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas”.

No campo autônomo da proteção do PCI, não se chegou a travar uma relação de forças explícitas entre a Autarquia e os detentores, pois a construção interpretativa dos efeitos do Registro por esses últimos, e suas estratégias de organização de defesa contra a apropriação indevida de terceiros, configuraram o deslocamento da visão dos agentes técnicos legitimados do IPHAN para interpretá-lo, demonstrando que também houve, em situações negociais de conflitos envolvendo bens registrados a “apropriação da força simbólica que nele [Registro do Decreto nº 3.551/2000] se encontra em estado potencial” (BOURDIEU, 2003, p. 213).

A partir de situações nos quais suas vulnerabilidades sociais e culturais ficaram expostas em relações jurídicas desiguais, ou nas quais estavam em desvantagem em termos de recursos técnicos, financeiros e de auxílio humano de especialistas, buscaram a atuação estatal para proteção ou prevenção de direitos culturais associados ao PCI, com seu discurso interpretativo expansivo dos efeitos do Registro, em que se construíram e reconheceram enquanto sujeitos de direitos e, em certos casos, com base nos seus bens culturais imateriais, legislaram direitos sobre expressões e conhecimentos tradicionais cuja regulamentação não está expressamente positivada pelas vias legitimadas pelo Estado. Isto é, nas circunstâncias em que a sua interpretação direta dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal e dos seus direitos culturais presentes nas convenções internacionais não foi suficiente.

Ainda assim, mesmo em certos casos de bens registrados onde a atribuição de efeitos expansivos ao Registro não funcionou, os detentores

usaram o ato declaratório do instrumento para comprovar a notoriedade de seus modos de saber-fazer e, dessa forma, justificar a sobreposição de mecanismos de outras searas jurídicas, como o da propriedade intelectual, tal qual ocorreu com o patrimônio imaterial protegido mediante indicações geográficas concedidas pelo INPI.

Os detentores fizeram de sua interpretação do Registro do PCI, enquanto mecanismo de salvaguarda constitucional, uma fonte de produção normativa. Na ótica da teoria do pluralismo jurídico de Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 119), extraíram “[...] a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais e clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional [...]”. Povos indígenas, grupos e comunidades tradicionais responsáveis pela transmissão e continuidade de bens imateriais registrados, frente ao reconhecimento do Registro do PCI e sua auto-organização, foram “[...] capazes de introjetar direitos que não passam nem pela positivação estatal nem pelas instituições representativas convencionais” (WOLKMER, 2001, p. 156). Assim, por exemplo, a proteção dos direitos intelectuais coletivos dos índios Wajãpi sobre os seus grafismos por meio do Registro, pois a atual legislação autoral não dá conta da proteção de expressões culturais tradicionais.

Trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável. A validade e a eficiência desse ‘Direito comunitário’, que não se sujeita ao formalismo a-histórico das fontes tradicionais (lei escrita e jurisprudência dos tribunais), estão embasadas nos critérios e interesses do todo comunitário e incorporados através da mobilização, da participação e da ação compartilhada.

[...]

A partir de interesses cotidianos concretos e necessidades históricas, internalizadas por sujeitos sociais que têm consciência, percepção, sentimento, desejo e frustrações, emerge nova concepção de juridicidade que não se identifica com os direitos estatais consagrados nos códigos e na legislação dogmática (WOLKMER, 2001, p. 157).

Embora Wolkmer (2001, p. 122-133) dedique parte da defesa de sua teoria pluralista a construir movimentos sociais como sujeitos coletivos e fonte normativa do direito, o peso que põe na identidade como princípio valorativo de compartilhamento comum para realização conjunta de necessidades humanas e expressão de subjetividade em comunhão, para constituição de bases de autodeterminação e organização para postulações de direitos, permite que ela seja aplicada à realidade dos detentores de bens registrados como PCI.

[...] o ponto de partida para a constituição e o desenvolvimento do Direito vivo comunitário não se prende nem à legislação, nem à ciência do Direito e tampouco à decisão judicial, mas às condições da vida cotidiana, cuja real eficácia apoia-se na ação de grupos associativos e organizações comunitárias. Nesse quadro de referência, as 'vontades coletivas' organizadas, utilizando-se de práticas sociais que instrumentalizam suas exigências, interesse e necessidades, possuem a capacidade de instituir 'novos' direitos, direitos ainda não contemplados e nem sempre reconhecidos pela legislação oficial do Estado. Com efeito, isso ocorre porque a produção jurídica não reside tão-somente no Estado, mas pode surgir de outras instâncias sociais diferenciadas e independentes, mais exatamente do bojo complexo e do contingente de diversos espaços ocupados por sujeitos coletivos autônomos (WOLKMER, 2001, p. 153-154).

A autonomia interpretativa desses sujeitos coletivos, que permite ampliar os efeitos do Registro, encontrando mediações com suas reivindicações de direitos por meio do ato declaratório, demonstra que de nada adiantou a exclusão de efeitos constitutivos na formulação do Decreto nº 3.551/2000. Seja pela via direta da fundamentação de suas demandas no próprio texto constitucional, ou pela capacidade criativa da tomada de consciência legal antes, durante e depois do Registro do PCI, independentemente das prescrições das fontes normativas clássicas do Direito, os detentores encaminharam ao IPHAN postulações reivindicatórias singulares, imediatas ou construídas durante a salvaguarda de forma participativa.

Essas pressões exercidas pelos detentores, por atuação ou mediação do IPHAN, em virtude do Registro de seus bens imateriais, não implica em posturas de erradicação da institucionalidade, mas,

igualmente, de busca de respeito à autonomia e às formas organizativas da dinâmica coletiva (WOLKMER, 2001, p. 143) de formação, produção e reprodução dos bens culturais imateriais. Isso significa que as relações entre a Autarquia de proteção do PCI e esses sujeitos coletivos se dão para preencher necessidades referentes a concretização de direitos associados à salvaguarda e à continuidade do bem imaterial registrado, o que não necessariamente resulta de ambiente litigioso. Porém, diante da lacuna jurídica do Decreto nº 3.551/2000 e da omissão legislativa do Congresso Nacional para reconhecimento explícito de direitos coletivos, como os intelectuais sobre expressões e conhecimentos tradicionais registrados, os detentores na qualidade de intérpretes sociais do Registro, aos poucos, foram legitimando direitos sobre o PCI, com base nas suas ações sociais e políticas de defesa e prevenção fundamentadas no instrumento de salvaguarda.

As transformações da vida social constituem, assim, a formação primária de um 'jurídico' que não se fecha exclusivamente em proposições genéricas e em regras estáticas e fixas formuladas para o controle e a solução dos conflitos, mas se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial.

[...]

A produção jurídica formal e técnica do Estado moderno só atinge parcelas da ordem social, achando-se quase sempre em atraso, relativamente às aspirações jurídicas mais desejadas, vivas e concretas da sociedade como um todo (WOLKMER, 2001, p. 152).

Enquanto não houver mudança de orientação interpretativa acerca da possibilidade de efeitos constitutivos pelo Registro do PCI, permanecerá em aberto a fonte para irrigação de novos usos criativos do ato declaratório, amoldado às necessidades dos detentores que forem surgindo, diante da indefinição de seus direitos sobre os bens imateriais registrados. A cada nova situação futura, há indefinição quanto à criação de um novo direito ou à legitimação de uma violação, pois formalmente não há segurança jurídica nem para detentores, nem para o IPHAN, tampouco para terceiros, em pautar condutas e comportamentos diante de ações e omissões que envolvam acesso, uso e apropriação aos/dos bens imateriais registrados. Por enquanto, o uso que os detentores fazem do

Registro alimenta seus potenciais, mas, por outro lado, nutrem frustrações que os direcionam para outras escolhas protetivas.

[...] a mobilização dos segmentos sociais oprimidos e excluídos dos direitos implica tanto a luta para tornar efetivos os direitos proclamados e concebidos formalmente (não são garantidos e nem aplicados) quanto à exigência para impor ‘novos’ direitos que ainda não foram contemplados por órgãos estatais e pela legislação positiva institucional (WOLKMER, 2001, p. 164).

[...] objetiva dar certa singularidade expositiva e uniformizadora, uma vez que tais direitos atravessam um mesmo espaço público, em cujo cenário de necessidades e interesses adquirem, ora mais, ora menos prioridade. Na multiplicidade de experiências e práticas de acesso para determinada espécie de direito, a eficácia do procedimento dependerá do desejo consciente e do grau de carência, calcado numa ação coletiva organizada por segmentos sociais excluídos e marginalizados. Não se trata, ademais, de evocar o que está na sistematização do legal ou na aprovação normativa do ‘instituído’, mas configurar nova ordenação político-jurídica pluralista, duradouramente redefinida na minimização das insatisfações e na plena vivência de ‘direitos comunitários’ (WOLKMER, 2001, p. 167).

Partindo-se do pressuposto que os direitos culturais coletivos, dentre eles os intelectuais, são pré-existentes, e que o reconhecimento de certas expressões e conhecimentos tradicionais do PCI são associados diretamente a sujeitos coletivos concretos, identificáveis, como elementos integrantes da sua organização social, cultural, comunitária, espiritual e econômica, não há como negar sua titularidade sobre eles frente ao interesse de terceiros ou do Estado para fins que não sejam autorizados. Isso não quer dizer que o reconhecimento, enquanto bem imaterial de relevância nacional, através do Registro, iniba o interesse público depositado sobre o bem, tornando-o de interesse difuso, e que devam ser garantidos os direitos de acesso à cultura dos demais cidadãos a essa fonte da cultura e sua fruibilidade. Porém, ambos devem ser equilibrados e respeitados; o que não pode acontecer é, em nome de interesses marcada e notadamente de apropriação privada e econômica, os detentores dos processos de produção, reprodução e transmissão do bem cultural sejam

vilipendiados, esquecidos, ou não façam jus a qualquer tipo de benefício material, quando garantido o acesso por esse tipo de uso.

Crê-se que a expectativa que se transformou em *efeitos mediatos implícitos*, a partir da interpretação de que o Registro lhes garantia o reconhecimento de direitos culturais coletivos e constituía prova para assegurar direitos sociais e limitar terceiros e a atuação do Poder Público, tem origem na própria formulação do Decreto nº 3.551/2000. A discussão sobre a constituição de direitos ou regulamentação de direitos culturais, através do Registro, já estava presente desde o Seminário da Carta de Fortaleza, pois a titulação que seria concedida como expressão do ato declaratório do instrumento teria outras funções. Apesar de não ter participado diretamente da elaboração do Decreto, é possível que muitos grupos e comunidades e organizações de interessados na instituição do mecanismo tenham, à época, pressionado o IPHAN para inserir previsão de proteção a direitos coletivos (DIANOVSKY, 2013, p. 50).

Dentre as mais diversas versões do Decreto, o título de PCI brasileiro foi pensado como um selo de certificação de qualidade dos produtos originários de formas de expressão e modos de saber-fazer registrados. Um selo identificaria os produtos e um certificado seria atribuído aos detentores; a emissão de ambos seria de competência do Conselho Consultivo, cabendo ao sistema de monitoramento e avaliação da salvaguarda pelo IPHAN certificar-se, periodicamente, que era garantida sua qualidade e continuidade. Ainda que seja possível assemelhar-se com as indicações geográficas, a ideia dos selos e certificados tinha a finalidade de valorizar o bem imaterial, e deveria ser associada a políticas de promoção, fomento e sustentabilidade do PCI (DIANOVSKY, 2013, p. 32).

Na memória da 9ª Reunião do GTPI, a Procuradoria do IPHAN sugeriu que na exposição de motivos do Decreto do Registro do PCI constasse que o ato declaratório, além de servir como prova para a defesa do interesse coletivo das comunidades, seria válido igualmente para o requerimento de propriedade coletiva junto ao INPI. Nesse sentido, a gestão do procedimento do Registro seria conjunta, e teria validade para auferir concomitantemente a proteção legal aos direitos intelectuais e à salvaguarda do PCI, isso tudo se utilizando apenas de um mecanismo (IPHAN, 2000, p. 145).

Para Francisco de Mello Franco, em carta colaborativa dirigida ao Relator da Comissão responsável pela formatação do Registro do PCI, Joaquim Falcão, a inscrição do bem no Livro dos Saberes produziria os mesmos efeitos de uma indicação geográfica. No seu entendimento, a declaração funcionaria como uma certificação contra bens imateriais

inautênticos ou despidos de valor cultural (IPHAN, 2000, p. 163):

O livro 1 – que talvez devesse chamar-se de Saberes e Fazeres –, precisa eventualmente ter caráter um pouco distinto dos demais, pois se for para preservarem-se os conhecimentos mais profundos de nossa cultura como realizar-se e oferecer-se alguma coisa inserida na tradição – renda de bilro? remédios índios? divisórias de taipa? coberturas de sapê? vatapá? cachaça? acarajé?, etc, etc, etc, – o registro ou inscrição dependerá de minuciosas depurações de aperfeiçoamento das informações disponíveis, o que levará a que o resultado final tenha o caráter de uma ‘*apellation contrôlée*’ francesa (responsabilidade do ministério da agricultura, no caso da oenologia), ou, talvez um pouco diferente, de um britânico ‘*by appointment to her majesty the quenn*’, isto é, quem fizer diferente, estará oferecendo apenas um similar ou mero sucedâneo, ou mesmo um falso bem, desprovido do verdadeiro valor cultural. Ora, no meio do grande e permanente engodo e despudor que certa tanta falsa oferta entre nós, penso que poder-se-ia pensar num selo de qualidade do IPHAN para Saberes e Fazeres verdadeiros, que representasse um atestado de qualidade cultural reconhecida.

Verifica-se que havia uma preocupação na atribuição de efeitos ao Registro para reconhecimento e proteção de saberes coletivos, mas não houve o mesmo empenho em se pensar outras maneiras de resguardar juridicamente os bens imateriais que constassem em outros Livros ou não se adequassem a quaisquer das categorias já previamente fixadas.

Nas primeiras versões do Decreto, o ato declaratório do Registro que se referisse aos modos de saber-fazer e que merecessem outro grau de proteção, conforme sua especificidade, seria encaminhado ao INPI. O bem seria registrado na Autarquia de PI, em nome do IPHAN como entidade de tutela estatal da coletividade, desde que fosse único e cuja reprodução não abrangesse outras áreas do país, diferentes da qual foi vinculada sua referência cultural. Somente esse tipo de saber poderia ter sua propriedade intelectual coletiva reconhecida, pois os disseminados seriam considerados em domínio público para todo sempre, apesar de registrados, igualmente, no INPI, exclusivamente no nome do IPHAN. Nesse sentido, essa proposta limitava a autonomia dos detentores e

instituiu uma classificação entre os bens imateriais circunscritos, mercedores de dupla proteção, e os disseminados em domínio público.

Não obstante o distanciamento do que ocorre hoje em relação às indicações geográficas sobrepostas aos bens culturais imateriais registrados, é de se notar que parcela dessa proposta inicial vingou na prática, pois o Registro e o material produzido na fase instrutória são utilizados para comprovar a notoriedade e a localização geográfica nos requerimentos de certas IGs pelo INPI. Porém, não há processo decisório bipartite ou encaminhamento algum do IPHAN ao INPI, pois o requerimento depende da parte interessada e legítima para requisição das indicações.

Muito por influência dos projetos de lei à época em curso sobre conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, posteriormente houve modificação na nomenclatura da natureza dos modos de saber-fazer, nas alterações da primeira versão. Outrossim, o critério de *não reprodução em nenhum outro espaço do país* para receber a proteção do INPI foi substituído pela delimitação da circunscrição a uma determinada comunidade, cujo conhecimento não fosse reproduzido em qualquer outro contexto.

De outro modo, as versões posteriores à primeira propunham que a inscrição nos Livros do Registro eram prova constitutiva para que uma comunidade detentora invocasse seus direitos. Apesar de não dizer quais direitos eram esses, como se verá pelos processos administrativos analisados no processo capítulo, o ato declaratório continua a ser utilizado nesse sentido pelos sujeitos coletivos dos bens culturais imateriais. Como visto anteriormente, a própria doutrina do direito do patrimônio cultural afirma que a declaração é prova, que pode ser invocada para inibir ou cessar apropriações indevidas de terceiros. Em outro momento, em maio de 1999, radicalizou-se no caminho de que o ato declaratório do Registro não era condição necessária para atestar a existência e a titularidade do bem cultural, isto é, a inscrição seria uma ferramenta a mais de proteção (DIANOVSKY, 2013, p. 51-52).

Infelizmente, ao tempo em que se chegava à consolidação da versão final, foram-se suprimindo essas disposições mínimas, para esclarecimento dos efeitos constitutivos do Registro. Antes disso, em vez do reconhecimento dos direitos dos detentores sobre os bens culturais imateriais, atenuou-se a disposição sobre o Registro como prova, e a substituiu por uma obrigação do MinC de, complementarmente ao instrumento, apoiar os detentores de conhecimentos tradicionais ou conceder títulos que os valorizassem. Isso, de fato, é realizado, através dos Planos de Salvaguarda ou do reconhecimento dos Mestres de um

determinado saber-fazer. Contudo, diante da titulação atual do Registro, qualquer disposição diminuta como essa seria tautológica, quando não insuficiente por se referir apenas a uma modalidade de bem cultural imaterial.

Tudo isso em razão da circunscrição do mecanismo à teleologia do reconhecimento e da valorização, proteção significaria manifestação de tutela que, supostamente, o igualaria ao tombamento. Tanto assim, que a primeira versão do Decreto continha dispositivo procedimental determinando a suspensão e o encaminhamento do processo de Registro, a fim de ser transformado em processo de tombamento, quando o mecanismo de salvaguarda do PCI interferisse, direta ou indiretamente, em direitos de terceiros.

Seja como for, ainda que quaisquer dessas propostas de efeitos constitutivos tenha prosperado, os detentores constroem o discurso da defesa de seus direitos culturais coletivos a partir do ato declaratório, ou como intérpretes constitucionais do direito ao PCI e bens associados, ou como fonte normativa diante da omissão legislativa e de situações nos quais se veem vilipendiados por apropriações indevidas ou ameaças de danos de terceiros que comprometeriam a sustentabilidade, a continuidade e/ou a transmissão do bem imaterial.

Na seara da proteção positiva, a questão que surge é se os direitos devem ser reivindicados por meio do registro ou se os direitos existem em lei, independentemente de serem ou não declarados à agência governamental responsável por esse registro. Em termos jurídicos, o ponto central é se o registro conferido pelo governo tem natureza jurídica constitutiva ou meramente declaratória. Parece justo que os direitos devam existir independentemente de serem declarados pelo governo, pois tais direitos não se exaurem pela publicação e inventariamento, a menos que os titulares tenham concordado em renunciar as suas reivindicações¹¹³ (SANTOS, 2013c, p. 72).

¹¹³ A proteção dos direitos culturais como direitos fundamentais e os deveres estatais a eles correspondentes levantam questionamentos quanto à legitimidade jurídica para obter a proteção e quem se vincula juridicamente à obrigação no que se refere às violações desses direitos. No caso da salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, essa legitimidade é não apenas dos detentores, mas de toda a sociedade, assim também como dos poderes e

Após se constatar que o Registro do PCI não tem apenas *efeitos imediatos explícitos declaratórios* de obrigar o Estado a fomentar e apoiar os bens de natureza imaterial com o fito de dar suporte logístico a sua continuidade e sustentabilidade, mas, igualmente, *efeitos mediatos implícitos constitutivos*, originados dos usos, os quais os detentores fazem da inscrição em um dos Livros do Decreto nº 3.551/2000, para reivindicar e salvaguardar direitos culturais coletivos, especialmente intelectuais. Analisar-se-á, no próximo capítulo, processos administrativos de reconhecimento de expressões e conhecimentos tradicionais para demonstrar a atribuição de efeitos expansivos à proteção do PCI por meio do mecanismo.

do Ministério Público. Na esfera federal, a vinculação do combate às violações é de imediato do IPHAN cuja competência institucional é de proteção do PCI. A definição de direitos culturais coletivos a partir do PCI resulta em outro questionamento, até que ponto se admite a renúncia, ou seja, até onde vai o âmbito das decisões comunitárias em deliberadamente abdicar de um direito fundamental, o que não significa, de outra parte, que a renúncia se torne argumento para ingerências do Estado e de terceiros. Assim, tem-se que a dimensão objetiva dos direitos culturais não pode ser abdicada, pois “na medida em que um direito fundamental é importante para o processo da formação da vontade do Estado, isso indica a inadmissibilidade da renúncia” (BODO; SCHLINK, 2012, p. 91). Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 92) consignam critérios para apreciação da renúncia como gravidade da ingerência, perigo do abuso da possibilidade da renúncia e a análise de situações desesperadas ou de coação dos renunciantes. Daí porque se deve ter cautela com diagnósticos de renúncia dos detentores sobre seus bens culturais imateriais.

4 OS USOS DO REGISTRO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL PARA RECONHECIMENTO DE DIREITOS INTELECTUAIS COLETIVOS: O QUE DIZEM OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DO IPHAN

“[...] Tampouco turva-se a lágrima nordestina
Apenas a matéria vida era tão fina [...]”
(Cajuína – Caetano Veloso)

Durante mais de quinze anos de vigência do Decreto nº 3.551/2000, sustentou-se, principalmente no IPHAN, que o Registro do PCI produziria apenas efeitos declaratórios que titulariam bens culturais imateriais como “Patrimônio Cultural do Brasil” e certificariam comunidades, grupos e coletividades responsáveis pela continuidade, transmissão, sustentabilidade e os fluxos de produção e difusão dos bens registrados, distinguindo-os com o *status* de detentores, criando obrigações para o Estado, a fim de apoiá-los e fomentá-los através de ações e Planos de Salvaguarda. Apesar do caráter de distinção do *status* através do reconhecimento de bens e detentores e produtores, a visão predominante, na Autarquia Federal e entre os membros do Conselho Consultivo do PC, desde o início dos primeiros Registros, era a de que o ato declaratório não garantia a esses sujeitos coletivos qualquer espécie de direito.

Contudo, os detentores criaram, em torno do Registro, expectativas de que o ato constituiria uma forma de garantir direitos, fossem os direitos culturais previstos na Constituição Federal de 1988 e em tratados e convenções dos quais o Brasil é parte, ou o direito cultural ao próprio patrimônio cultural imaterial, o direito de participar da vida cultural, e outros de diversas naturezas, fossem as formulações jurídicas nascidas das postulações reivindicatórias encaminhadas ao IPHAN ou baseadas na produção normativa proveniente do direito costumeiro-comunitário adotado eventualmente por seus modos de organização social.

A construção interpretativa e legiferante de *efeitos mediatos implícitos constitutivos* do Registro do PCI deu-se a partir da ocorrência de fatos anteriores, simultâneos e posteriores ao processo de reconhecimento dos bens culturais imateriais. Dentre os episódios, destacam-se os usos do Registro para reivindicação, proteção e defesa de direitos intelectuais coletivos sobre os bens registrados, ou sobre eles associados, ou sobre seus produtos e resultados. Em outros episódios, diante da frustração ou da não correspondência das expectativas criadas em torno do mecanismo, os detentores recorreram à associação entre o

reconhecimento e valorização do PCI, as ações e Planos de Salvaguarda, e os instrumentos usuais da propriedade intelectual, dispostos na legislação federal brasileira. Vê-se, assim, que os conflitos envolvendo o Registro, no que concerne aos direitos intelectuais, dão-se no âmbito de bens registrados inscritos nos Livros das Formas de Expressão e dos Saberes.

Esses casos integram os processos administrativos singulares dos bens culturais imateriais registrados, bem como seus dossiês e anexos, ou estão documentados em outros processos de igual natureza, diretamente vinculados às demandas trazidas para solução ou mediação do IPHAN. Nesse sentido, esses documentos traduzem ou representam, em certa medida, realidades sociais e os protagonistas de cada um dos Registros, bem como as condições específicas nas quais se produziram as diferentes posições e discursos sobre os efeitos do Registro do PCI. Assim também, identificam que, bens e quais seus elementos essenciais, em quais Livros foram inscritos, quem são os sujeitos detentores, onde estão localizados como referentes culturais, quais expectativas aparentes e reais e as motivações do reconhecimento, além dos entendimentos do IPHAN, do Conselho Consultivo, das instituições governamentais e não-governamentais que participaram ou colaboraram do/com o Registro.

Nesse diapasão, podem ser observadas as assimetrias no processo de patrimonialização, principalmente em função do desenvolvimento da aplicação do Registro no decorrer de sua vigência e nas ações e Planos de Salvaguarda posteriores ao ato declaratório, assim como as arenas de disputas em torno de conflitos surgidos por apropriações indevidas dos bens imateriais registrado por agentes do mercado e pelos limites impostos pelo Estado aos detentores para regular os processos de produção e reprodução de modos de saber-fazer tradicionais. Sobre os conflitos, os processos administrativos revelam o que está em disputa, quem disputa, quais os direitos envolvidos nas querelas apresentadas ao IPHAN pelos detentores em virtude do Registro do PCI, quais soluções, providências, atuações da Autarquia e desfechos se apresentaram, ou eram passíveis de se apresentar.

Por essa razão, esses documentos demonstram que os efeitos do Registro não são meramente formais, declaratórios. Portanto, existem *efeitos mediatos implícitos*, cujo aparecimento se descortinou a partir da prática do Registro e da salvaguarda, bem como nos usos que os detentores fizeram do instrumento para reivindicação, defesa e proteção de direitos culturais coletivos e de outros associados a ofícios, expressões e saberes-fazeres integrantes do PCI brasileiro. Dessa forma, o patrimônio

cultural imaterial e seu mecanismo foram veículos para solver ou tentar solucionar conflitos:

1) ambientais (v.g. Paneleiras de Goiabeiras e Cachoeira de Iauaretê), cujo cerne estava no acesso à matéria-prima de fazeres de determinado ofício ou na tentativa de impedir a realização de empreendimentos e obras que destruíssem espaços espirituais e comprometessem a realização de ritos e celebrações de povos indígenas;

2) sanitários (v.g. Queijo de Minas), que se centravam na regulamentação pelos órgãos de vigilância sanitária da prática de determinados modos de fazer;

3) de organização do espaço e territoriais (v.g. Baianas de Acarajé e Jongo), cujo foco era a permissão de uso de espaços públicos para comércio de produto resultante de ofício registrado, ou o uso do Registro como prova de reconhecimento identitário para reivindicação de titulação de territórios quilombolas;

4) de memória e identidade (v.g. etnias indígenas dos rios Uaupés e Papuri para quem a Cachoeira de Iauaretê é Sagrada), cuja centralidade era a repatriação de objetos e artefatos dos detentores que se encontravam musealizados ou em posse de terceiros;

5) sobre direitos intelectuais coletivos e propriedade intelectual (vg. Arte Kusiwa Wajãpi e Viola-de-Cocho), cujo objeto da questão era demandar do IPHAN atuação contra apropriação indevida dos bens imateriais por terceiros não-detentores.

Eventualmente, as questões sobre as demandas atinentes a direitos intelectuais coletivos e propriedade intelectual na salvaguarda do PCI entrecruzam-se com os conflitos ambientais, sanitários, de organização do espaço público, de memória e identidade, sendo, igualmente ao Registro, apresentados como solução sobreposta que fortalece a proteção de expressões e conhecimentos tradicionais registrados.

Em virtude disso, o presente capítulo tem por objetivo, a partir da averiguação dos autos de doze processos administrativos de bens registrados nos Livros das Formas de Expressão e dos Saberes, de processos diretamente a eles associados, e de documentos complementares, identificar e analisar casos conflituosos, nos quais os detentores do Registro se utilizaram do argumento da defesa do patrimônio cultural registrado, antes, durante e depois do reconhecimento declaratório, para reivindicar e defender direitos intelectuais coletivos ou, propositivamente, sobrepor ao mecanismo instrumentos usuais da propriedade intelectual a fim de se prevenir de apropriações indevidas por terceiros estranhos aos fluxos da produção e reprodução dos bens culturais imateriais.

4.1 Aspectos gerais dos processos administrativos do Registro do PCI – Guia de análise

Ao se analisar o significativo conjunto de processos administrativos de doze bens imateriais registrados, não se ateu aos detalhes, minúcias, nem à descrição e averiguação dos procedimentos formais, tampouco à validade material das etapas do Registro do PCI, mas aos enunciados dos proponentes, detentores, demais partes diretamente ativas no Registro, IPHAN e Conselho Consultivo, acerca do seu alcance no que atine ao alcance dos efeitos do mecanismo para reconhecimento de direitos intelectuais. Assim, também, concatenou-se os episódios conflituosos, ao redor de bens registrados nos quais as questões de um direito intelectual coletivo e da propriedade intelectual convencional aparecem, com outras demandas por direitos (acima referidas em alguns casos), cujo histórico demonstra a real motivação do pedido de Registro, muito embora não tenha ficado expresso nos pedidos dos proponentes dirigidos ao IPHAN, mas que circundam o processo singular de aplicação do mecanismo de cada um e dos conflitos posteriores com terceiros estranhos à salvaguarda do PCI.

De todo modo, no que atine aos efeitos constitutivos do Registro do PCI, não significa que, nos conflitos analisados, houve desfecho conclusivo judicial ou extrajudicial, tampouco que os detentores tenham alcançado, por meio da interpretação expansiva do Registro do PCI e da reivindicação de seus direitos originários ou comunitários, resultado satisfativo de suas postulações (ALENCAR, 2010, p. 94). Assim, também, em cada caso, a atuação do IPHAN se deu de diferentes formas, mas alterou a postura inicial de afirmação de atribuir apenas efeitos declaratórios ao Registro, limitando sua competência de proteger o PC. As próprias demandas dos detentores impulsionaram a prática dos Planos de Salvaguarda e alteraram a visão de poder de polícia ainda arraigado à tutela protetiva de bens materiais tombados.

Apesar de haver *a priori* um *princípio de singularidade* na regência da análise de cada caso, é possível depreender e ampliar do conjunto, mais objetivamente, os detentores, quem são os proponentes, que motivações aparentes e expectativas tinham com o Registro e do que se trata cada modo de expressão e modo de saber-fazer. Em relação a este último aspecto, optou-se por não fazer detalhamentos sobre o bem cultural em si, apenas enunciar algumas características tidas como relevantes para o entendimento das situações estudadas, pois a descrição dos elementos essenciais dos bens culturais imateriais registrados se

encontra nas certidões do Registro do PCI e no Banco de Dados do IPHAN.

Há também alguns dados imediatos indispensáveis sobre datações e ambiência territorial que ajudam na compreensão da identificação dos sujeitos coletivos responsáveis pela transmissão e continuidade dos bens, no dimensionamento de sua prática na geografia do país, assim como na temporalidade dos episódios e ocorrências diretamente relacionados à PI em face do processo de Registro.

A fim de apresentar a lista de bens culturais imateriais analisados, elaborou-se o seguinte quadro:

Quadro 02 – Lista dos Processos pesquisados de Bens Culturais Imateriais brasileiros registrados pelo IPHAN em ordem cronológica

BENS CULTURAIS IMATERIAIS	PARTES REQUISITANTES	LIVRO DE REGISTRO	DATA DO REGISTRO	AMBIÊNCIA TERRITORIAL
Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi	Conselho das Aldeias Wajãpi – APINA/Museu do Índio – FUNAI	Formas de Expressão	20/12/2002	Território dos Wajãpi/Estado do Amapá
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras	Associação das Paneleiras de Goiabeiras – APG	Saberes	20/12/2002	Localidade de Goiabeiras – Cidade de Vitória/ Estado do Espírito Santo
Samba de Roda do Recôncavo	Associação Cultural Filhos de Nagô/ Associação de Pesquisa em Cultura Popular e Música Tradicional do Recôncavo/Associação Cultural do Samba Dalva Damiana de Freitas	Formas de Expressão	05/10/2004	Recôncavo Baiano/Estado da Bahia
Modo de Fazer Viola-de-Cocho	Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular – CNFCP (Apoio dos grupos de cururu e de siriri)	Saberes	14/01/2005	Região Centro-Oeste/ Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul
Ofício das Baianas de Acarajé	Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia – ABAM/Centro de Estudos Afro-Orientais da Universidade Federal da Bahia/Terreiro Ilê Axé Opô Afonjá	Saberes	14/01/2005	Cidade de Salvador/ Estado da Bahia

Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre/ Alto Paranaíba	Secretaria de Cultura do Estado de Minas Gerais (Apoio da Associação dos Amigos do Serro)	Saberes	13/06/2008	Regiões do Serro, das Serras da Canastra e do Salitre ou Alto Paranaíba, ou Cerrado, do Estado de Minas Gerais
Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	Associação para o Desenvolvimento da Renda Irlandesa de Divina Pastora – ASDEREN/ Prefeitura Municipal de Divina Pastora - Secretaria Municipal de Educação e Cultura	Saberes	28/01/2009	Cidade de Divina Pastora/ Estado de Sergipe
Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro	Associação das Comunidades Indígenas do Médio Rio Negro – ACIMRN	Saberes	05/11/2010	Alto e Médio Rio Negro, abrangendo as comunidades indígenas nos Municípios de Barcelos, Santa Isabel do Rio Negro, São Gabriel da Cachoeira no Estado do Amazonas, até a fronteira do Brasil com a Colômbia e com a Venezuela.
Ritxòkò: Expressão Artística e Cosmológica do Povo Karajá	Iny Mahadu Coordenação (apoio das aldeias Karajá)	Formas de Expressão	25/01/2012	Território do povo Karajá (ou <i>Iny</i>) no Parque Nacional do Araguaia, Estado do Tocantins

Saberes e Práticas Associados ao modo de fazer Bonecas Karajá	Iny Mahadu Coordenação (apoio das aldeias Karajá)	Saberes	25/01/2012	Território do povo Karajá (ou <i>Iny</i>) no Parque Nacional do Araguaia, Estado do Tocantins
Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí	Cooperativa de Produtores de cajuína do Piauí – CAJUESPI	Saberes	15/05/2014	Estado do Piauí
Carimbó	Irmandades de Carimbó de São Benedito/Prefeitura Municipal de Santarém Novo/ Associação Cultural Raízes da Terra/ Associação Cultural Uirapuru/Associação Cultural Japiim	Formas de Expressão	11/09/2014	Região do Nordeste do Estado do Pará

Apesar de o Decreto nº 3.551/2000 dar maior espaço à legitimidade dos órgãos e entidades estatais para requerer o Registro, a maioria dos requisitantes foram organizações da sociedade civil (associações) e entidades associativas de produção de produtos vinculados aos modos de saber-fazer (cooperativas), que mantêm alguma espécie de vínculo direto com o ofício e a expressão reconhecidos e valorizados pelo mecanismo. Quando não, ainda que o proponente fosse órgão público, entidade estatal ou ente federado, o pedido nunca foi feito sem o apoio, a participação ou a parceria de colegitimado da sociedade civil.

Além de comprovar o atendimento ao princípio da participação popular já na deflagração nos processos administrativos do Registro, a constatação do envolvimento preliminar da sociedade civil, em alguns casos já incentivado pelo INRC, refletiu-se na integração de muitas dessas instituições nas Ações e Planos de Salvaguarda, e na consolidação da ideia de gestão compartilhada em parcerias com o IPHAN, mesmo quando não havia ainda clareza do que era um plano (SIMÃO, 2015, p. 231).

Igualmente, apesar do requisito material da relevância nacional ser uma das condições do Registro do PCI, o que se observa na localização geográfica é uma predominância de bens referenciados localmente em Municípios e territórios indígenas, ou regionalmente em Estados, regiões de Estados ou parte deles. Contudo, a incidência maior de uma referência cultural em determinado espaço ou território não significa que ela não esteja disseminada pelo Brasil, ou por conta de sua difusão pelas indústrias culturais e meios de comunicação (v.g. Carimbó), além da prática no cotidiano das populações dessas localidades e regiões, ou em virtude das migrações endógenas principalmente para as grandes cidades. É o caso do ofício das baianas de Acarajé que se encontra organizado em outras capitais, pois está associado às religiões de matrizes africanas, e é professado pelo Brasil e a grupos sociais afrodescendentes, muito embora o local de referência seja Salvador.

Nos demais, percebe-se a existência predominantemente local e regional, podendo também ser encontradas práticas de reprodução e produção do bem cultural imaterial em espaços territoriais circunvizinhos, o que significa que o Registro do PCI permite a agregação de detentores em dimensões de abrangência diferentes da localização referente, podendo, eles também, fazerem uso do instrumento para defesa, proteção e prevenção da salvaguarda de direitos culturais coletivos.

Os detentores, em sua maior parte, estão presentes nesses territórios referentes. Em sua maioria, são povos indígenas ou grupos sociais afrodescendentes que podem pertencer ou não a comunidades

tradicionais, mas, por outro lado, ainda assim, se utilizam de conhecimentos e práticas transmitidos de geração a geração, dado relevante para a continuidade histórica do bem imaterial. Há também outros grupos socialmente diferenciados formado por produtores rurais e artesanais que possuem formas próprias de organização social fundamentais para reprodução cultural e econômica de certos bens, como queijeiros em Minas e produtores de cajuína no Piauí.

De todo modo, em certos bens, os detentores ou praticantes das expressões pertencem majoritária ou exclusivamente a um gênero específico, porém, quando se trata da valorização do PCI ou da defesa de direitos culturais coletivos ou de outra natureza, há a incorporação do outro gênero, de outras gerações e demais membros da comunidade, verdadeira representatividade que pode ser aproveitada no respeito ao direito à consulta e ao consentimento livre, prévio e informado em situações nas quais terceiros pretendam acessar ou utilizar o bem cultural imaterial economicamente (LIXINSKI, 2013, p. 239). É o que se verifica, também, nas cartas de apoio e declarações em que os membros de povos, comunidades e grupos tradicionais anuem com o Registro do PCI na fase de instrução.

Aliás, a publicação do Aviso contendo o parecer técnico do IPHAN, somado à crença de seus efeitos constitutivos, fez com que, em termos de participação, categorias de detentores se opusessem à ampliação geográfica da referência cultural, tal qual aconteceu no registro do Queijo de Minas. A publicidade, nesse caso, afigurou-se como a notificação no tombamento, e a manifestação de outros detentores como impugnação, ainda que relativa, aos termos nos quais o bem iria ser registrado.

Outro ponto a se destacar nos documentos é que, embora na maior parte dos pedidos, formalmente, constem, como motivação e convicção em torno do Registro, o reconhecimento, a valorização, a transmissão intergeracional, a importância para identidade cultural, a importância socioeconômica e simbólica, a ratificação da identificação dos bens pelo INRC, e o risco do desaparecimento do bem cultural imaterial, há no teor dos processos, ou pode deles se depreender, que os detentores geraram expectativas, ou pensavam, que o mecanismo conceder-lhes-ia direitos sobre os processos de formação, produção e reprodução cultural do PCI declarado, consequentemente impondo limites a terceiros, ao Estado, e gestando controle sobre interferências indevidas e autorizações sobre seus usos.

Assim, baseando-se nessa análise, apresenta-se quadro sistematizado dessas expectativas expressas em cada um dos Registros

juntamente com a identificação dos detentores para visualização do *corpus* dos processos administrativos do Registro do PCI:

Quadro 03 – Síntese dos Bens Culturais Imateriais e das Expectativas Aparentes de seus Detentores com o Registro¹¹⁴

BENS CULTURAIS IMATERIAIS	EXPECTATIVAS DIANTE DO REGISTRO	DETENTORES OU PRATICANTES	EXPRESSÃO OU MODO DE SABER-FAZER
Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi	Reconhecimento e apoio	Povo Indígena	Grafismos corporais
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras	Reconhecimento para proteção da matéria-prima (Argila do Mulembá); Garantia da Autenticidade de seus produtos; Transmissão Intergeracional	Grupo Social Tradicional, majoritariamente feminino, da localidade de Goiabeiras	Paneles de Barro, herança ceramista indígena, que adotam o mesmo procedimento de confecção, materiais e instrumentos, usadas pela culinária local
Samba de Roda do Recôncavo	Reconhecimento contra desaparecimento; Transmissão intergeracional; Restituir prestígio dos praticantes (sambadores/sambadoras)	Grupos Afrodescendentes	Gênero musical coreográfico samba de roda
Modo de Fazer Viola-de-Cocho	Reconhecimento de Referência Cultural referendada pelo Inventário Nacional de Referências Culturais	Grupo Social Tradicional	Instrumento musical produzido de forma artesanal

¹¹⁴ Nesse quadro, manteve-se o duplo Registro dos bens imateriais do Povo Karajá em uma unidade de análise, pois o pedido inicial fora ampliado na Câmara do PCI do Conselho Consultivo para inscrever no Livro das Formas de Expressão o modo de fazer Bonecas Karajá.

<p>Ofício das Baianas de Acarajé</p>	<p>Reconhecimento de Referência Cultural referendada pelo Inventário Nacional de Referências Culturais; Reconhecimento do ofício e das detentoras do saber-fazer; Reconhecimento contra massificação do acarajé pelo comércio de bares e restaurantes e indústria alimentícia; Reconhecimento do ofício associado às religiões de matriz africana e contra apropriação do acarajé pelas religiões evangélicas</p>	<p>Grupos Afrodescendentes, majoritariamente femininos (baianas), originariamente no contexto religioso do candomblé, e também como trabalho e fonte de renda</p>	<p>Comidas da culinária regional associada à identidade religiosa e étnica, principalmente o acarajé</p>
<p>Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre/ Alto Paranaíba</p>	<p>Reconhecimento contra o risco de desaparecimento; Reconhecimento contra a descaracterização do produto; Pôr fim às exigências das normas de vigilância sanitária que alteravam e padronizavam o processo artesanal de produção do queijo; Reconhecimento de Referência Cultural referendada pelo Inventário Nacional de Referências Culturais;</p>	<p>Grupos Sociais Tradicionais de produtores rurais e artesanais (Queijeiros e Queijeiras)</p>	<p>Produto artesanal de origem animal, queijo de leite cru, associado a regiões geográficas do Estado de Minas Gerais</p>

Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	Reconhecimento da importância socioeconômica e simbólica	Grupo Social Tradicional de Mulheres Rendeiras	Produto artesanal de renda de agulha que tem como suporte o lacê, que formam desenhos (Renda Irlandesa)
Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro	Reconhecimento como referência cultural; Autonomia produtiva e segurança alimentar	Povos Indígenas	Processo de criação de gêneros alimentícios associados a saberes e fazeres de uma cadeia complexa de produção e consumo
Ritxòkò: Expressão Artística e Cosmológica do Povo Karajá e Saberes e Práticas Associados ao modo de fazer Bonecas Karajá	Reconhecimento como referência cultural da identidade do povo Karajá e fonte de renda;	Povo Indígena, mas a atividade da confecção da boneca é exclusivamente feminina	Brinquedos lúdicos de cerâmica em formato de bonecas que são, ao mesmo tempo, um ofício, e uma forma de expressão artística
Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí	Reconhecimento de processo em risco de desaparecimento; Transmissão intergeracional; Assegurar condições de produção e de existência; Respeitar e proteger direitos difusos e coletivos relativos ao uso do PCI	Grupo de Pequenos e Médios Produtores Rurais	Bebida artesanal derivada do fruto do caju

Carimbó	Reconhecimento da identidade cultural do povo paraense e amazônica; Reconhecimento contra homogeneização cultural; Reconhecimento de Referência Cultural referendada pelo Inventário Nacional de Referências Culturais	Amazônidas e comunidades carimbozeiras	Gênero Musical que envolve um conjunto de práticas, sociabilidades, esteticidades e performances
Modos de Fazer Cuias do Baixo Amazonas	Reconhecimento da identidade cultural; Valorização simbólica e cultural do artesanato feminino; Transmissão intergeracional; Reconhecimento de Referência Cultural referendada pelo Inventário Nacional de Referências Culturais	Comunidades tradicionais ribeirinhas amazônicas e paraenses, mas a confecção das cuias é majoritariamente feminina	Cuias

Fonte: Elaborado pelo autor, com base nos processos administrativos dos doze bens registrados pesquisados.

É certo que há bens culturais que são *res extras commercium*, por expressa disposição legal, ou em virtude de sua natureza simbólica, como aqueles relacionados a expressões e conhecimentos tradicionais sagrados e secretos, cujo valor para o povo indígena, grupo ou comunidade tradicional, está vinculado a suas crenças, cosmogonias ou práticas religiosas (LIXINSKI, 2013, p. 98), portanto sujeitos ao respeito a outros direitos fundamentais como liberdade religiosa e privacidade cultural. Por outro lado, os bens culturais imateriais, seus objetos associados ou produtos resultantes, não obstante o valor cultural e de uso tradicional, em regra são passíveis de se transformarem em mercadoria. Para Antônio Arantes (2009, p. 184), “nem todos os povos reificam os produtos de suas práticas como bens pertencentes a proprietários individuais, como objetos confeccionados para a fruição estática ou para se obterem vantagens em transações comerciais”.

Por essa última razão, proteger as expressões tradicionais e modos de saber-fazer das apropriações pelo mercado, inclusive com a legitimação do Estado, por meio da imposição de normas sanitárias demasiado restritivas, dos excessos do disciplinamento e da ordenação do espaço urbano que impedem a instalação de locais de produção dos bens imateriais, do controle homogeneizador da produção do PCI e de restrições de acesso às matérias-primas, é que se motivou o Registro por muitos detentores (DIANOVSKY, 2013, p. 7). Ademais, o Registro em si trouxe impactos e transformações, advindos da valorização e visibilidade do bem imaterial, que alteraram a sua dinâmica e sustentabilidade frente às investidas de apropriação e às demandas do mercado. Elementos não essenciais para a caracterização do bem cultural imaterial, como autenticidade, passaram a ser relevantes nessa arena, conquanto signifique a origem, proveniência, ou designe e atribua determinado produto a conhecimento tradicional registrado como PCI cujos depositários custodiantes são os detentores.

Dessa feita, os processos administrativos apontam, em alguns casos, a conexão entre patrimônio cultural imaterial e direitos intelectuais, para dupla proteção de bem imaterial registrado. Seja por meio da reivindicação de um direito intelectual coletivo especial, advindo da salvaguarda do PCI enquanto direito cultural fundamental ou das concepções de seus direitos comunitários-costumeiros, seja pelo uso dos mecanismos tradicionais da PI pelos detentores. De certa forma, como se verá, as soluções não são únicas, se dão de acordo com a natureza do conflito que se veem envolvidos. Em cada um deles, por conseguinte, a atuação do IPHAN será diferente.

De toda forma, diante das pressões econômicas exercidas sobre os bens culturais imateriais, os detentores estão na encruzilhada entre rejeitar o mercado, ficando sujeitos e desprotegidos à apropriação cultural, ou ceder ao mercado, no entanto prescrevendo limites, de acordo com suas normas de organização social, ou protegendo vantagens econômicas oriundas da proteção da PI, muito embora almejem, em certos povos e comunidades tradicionais, apenas preservar seus modos de vida, costumes e tradições e manter o elo com suas criações coletivas (LIXINSKI, 2013, p. 180).

Os mecanismos usuais da propriedade intelectual (direitos autorais, marcas, indicações geográficas etc.) tanto podem ser usados pelos detentores dos bens culturais imateriais como estratégia preventiva e defensiva contra apropriação de terceiros e veículo de sustentabilidade, associados ao Registro do PCI e ao lado das ações e Planos de Salvaguarda, ou seja, uma adoção contrahegemônica da usual maximalização do direito de propriedade apenas como tendência a commoditização de bens coletivos e difusos, como podem ser objeto de emprego por pessoas físicas e jurídicas, alheias ou aparentemente estranhas aos processos de formação, produção e reprodução do bem cultural, com o fito de tornar exclusiva a proteção jurídica de seus interesses, indo de encontro aos intercâmbios culturais, transmissão intergeracional, inovações, aprimoramentos e continuidade dados, na dinâmica do patrimônio imaterial, por povos, grupos e comunidades tradicionais (RAMÍREZ, 2012, p. 25-26; LIXINSKI, 2013, p. 176).

Além disso, categorias de bens culturais imateriais registrados, tais quais expressões e conhecimentos tradicionais, podem se encaixar ou não na proteção dada pelos mecanismos da PI. Isso porque há certos bens imateriais que atendem, ou não, aos critérios de cada mecanismo.

Por exemplo, podem recair direitos autorais sobre uma música tradicional de um violeiro de cocho, desde que ela atenda aos requisitos da originalidade (ou contributo mínimo) da criação, tenha autoria identificada e individualizada, ou passível de identificação, e exteriorização pública através de sua fixação num suporte, tangível ou intangível, isto é, seja considerada obra intelectual, e não integrar o rol do artigo 8º da LDA.

Por outro lado, do ponto de vista dos direitos autorais, pode não receber proteção alguma, se se tratar de expressão cuja origem e tempo de criação sejam impossíveis de identificar, concluindo-se tratar de obra pertencente ao domínio público em virtude de sua transmissibilidade ancestral não permitir a individualização da autoria. Outrossim, as expressões tradicionais, enquanto manifestações casuísticas

(momentâneas ou pontuais), efêmeras, mutáveis, processuais, ou sagradas, sem fixação num suporte, sob a ótica autoralista, não seriam objeto dos direitos autorais, isto é, consideradas como obras intelectuais. Quando representam algum estilo ou sistema de símbolos pertencentes à determinada cosmovisão de povos indígenas ou comunidades tradicionais, em geral, são expressões consideradas pelo direito de autor em domínio público.

Assim, também, as formas gráficas de povos e comunidades, transmitidas entre gerações, podem até possuir, pela visão do mercado, potencial para serem empregadas em objetos ornamentais de fabricação serial, mas lhes faltariam a atenção ao critério de novidade para serem protegidas como desenho industrial, quando não, poderiam ser consideradas no estado da técnica ou puramente artísticas. De outro modo, em virtude do artigo 100 da LPI, desenhos tradicionais de cunho sagrado jamais seriam registráveis como industriais, se os objetos e produtos que ornassem, atentassem contra a liberdade religiosa ou de crença de comunidades, ou ofendessem, faltassem com respeito ou dignidade, sentimentos comunitários ou de povos indígenas.

O mesmo ocorre com os conhecimentos tradicionais do PCI que embora, pelo sistema econômico, tenham aproveitamento potencial, pelo atual modelo legislativo e internacional da propriedade industrial, não atenderiam aos requisitos de instrumentos como a patente, por lhes faltarem a caracterização da novidade e/ou da atividade inventiva, do caráter técnico e de sua aplicabilidade imediata (RAMÍREZ, 2012, p. 26), ou por não se apresentarem como “solução técnica para um problema técnico” (BARBOSA, 2002, p. 3). Segundo Carla Belas (2012, p. 49), via de regra:

[...] alega-se que a maioria dos instrumentos de proteção desse sistema não serve aos conhecimentos tradicionais porque: a) foram formulados com o intuito de garantir direitos individuais e não coletivos; b) a exigência de titularidade presente em praticamente todos os mecanismos de proteção - marcas, patentes e desenho industrial - não pode ser aplicada a saberes que em sua maioria possuem origem difusa; c) não atende ao requisito da novidade, uma vez que se tratam de conhecimentos ancestrais; d) a determinação de um período de validade da proteção é incompatível com o caráter imprescritível de conhecimentos ancestrais; e) a privatização do conhecimento, presente no

conceito de propriedade, vai de encontro ao sistema de valores e ao próprio modo de produção e reprodução do conhecimento de grande parte das comunidades tradicionais, que têm como base o compartilhamento do saber, informações e experiências.

Por conseguinte, o raciocínio aplica-se aos modelos de utilidade, cuja incompatibilidade com os modos de saber-fazer seriam nesse aspecto evidentes. Certamente, não seriam considerados nem invenções, nem modelos de utilidade em razão do artigo 10 da LPI, assim também excluídos da patenteabilidade por força do seu artigo 18.

Em geral, os direitos de propriedade industrial tradicionais, tais como as patentes, o desenho ou a marca individual se adaptam mal ao sistema de inovação informal das comunidades indígenas [e tradicionais] e aos sistemas de intercâmbio cultural que se baseiam em práticas consuetudinárias e alguns direitos culturais que circulam fora das regras e práticas econômicas das sociedades ocidentais, que são as protegidas por direitos de propriedade industrial e intelectual clássicos (RAMIREZ, 2012, p. 27)¹¹⁵.

Em um ou outro caso, no mais das vezes, a proteção pela PI recai sobre os produtos e resultados, materializados em objetos com valor de uso cultural (artístico, científico, literário, lúdico, ornamental etc.), ou com aplicação prática em outras esferas da vida humana (gastronomia, alimentação, utensílios domésticos, lazer, entretenimento) encetados pelos processos de formação, produção e reprodução dos bens culturais imateriais, mas não sobre os processos representados pelo PCI em si.

É importante ter em mente que o direito de propriedade intelectual protege uma ideia traduzida

¹¹⁵ Tradução livre do original em espanhol: “En general, los derechos de propiedad industrial tradicionales, como las patentes, el diseño o la marca individual se adaptan mal al sistema de innovación informal de las comunidades indígenas y a los sistemas de intercambio cultural que se basan en prácticas consuetudinarias y en unos derechos culturales que circulan ajenos a las reglas y prácticas económicas de las sociedades occidentales, que son las protegidas por los derechos de propiedad industrial e intelectual clásicos”.

em um formato dado, enquanto que o direito do patrimônio cultural protege a expressão das crenças, práticas e valores da comunidade. Esta é uma diferença importante, e esboça uma das deficiências fundamentais da proteção da PI¹¹⁶ (LIXINSKI, 2013, p. 177).

Para visualização das demandas dos detentores dos bens culturais imateriais em torno de direitos intelectuais coletivos e da propriedade intelectual tradicional, pode-se relacionar os tipos de usos interpretativos que fazem do PCI nos conflitos com terceiros e como prevenção, distribuídos temporalmente em antes, durante e depois do Registro do Decreto nº 3.551/2000.

Dessa maneira, tem-se:

- a) *a reivindicação de direitos intelectuais coletivos*: quando detentores reclamaram um direito de atribuição e/ou de controle sobre usos distintos dos tradicionais de seu povo ou grupo social, com postulações de providências e/ou reparos ao IPHAN, diante da ocorrência de fatos ou episódios em que terceiros, agentes econômicos privados constituídos como empresas, apropriaram-se ou se utilizaram de expressão ou modo de saber-fazer registrado, indevidamente e sem autorização pretérita;
- b) *o uso positivo*: quando, antes da ocorrência dos episódios conflituosos de apropriação indevida, os detentores, antes e durante o Registro, tinham a ideia que a salvaguarda constitucional do PCI trazia em si embutida a proteção de um direito intelectual coletivo, portanto o IPHAN teria de adotar e encaminhar providências para que cessassem as investidas de terceiros;
- c) *o uso defensivo*: quando, diante de situações conflituosas anteriores, concomitantes e posteriores ao Registro, os detentores ampararam-se na defesa do PCI para impedir que terceiros monopolizassem, ou eventualmente restringissem, seus modos de saber-fazer e suas expressões, através da

¹¹⁶ Tradução livre do original em inglês: “It is important to bear in mind that IP law (particularly copyright) protects an idea translated into a given format, whereas cultural heritage law protects the expression of community beliefs, practices, and values. This is an important difference, and outlines one of the core shortcomings of IP protection”.

apropriação indevida via utilização de mecanismos previstos na legislação da propriedade intelectual, exigindo do IPHAN providências para interrupção desses registros de outra natureza;

- d) *a sobreposição de mecanismos do PCI e da PI*: quando, durante e após o reconhecimento do bem cultural imaterial, diante da frustração de expectativas acerca do instrumento, ou o esclarecimento, errôneo, realizado com base no argumento de que teria apenas efeitos declaratórios, os detentores recorrem, de maneira propositiva e preventiva, à associação entre o Registro e mecanismos existentes na legislação da PI, como indicações geográficas e marcas coletivas, obtendo auxílio através de parcerias com o IPHAN, INPI, SEBRAE, outras instituições governamentais técnicas de outras instâncias federadas, e organizações de produtores de produtos resultantes de ofícios e modos de saber-fazer registrados.

Assim, antes de se tratar dos casos propriamente ditos, pode ser observado no quadro sinóptico abaixo as relações conflituosas e usos preventivos, em bens imateriais registrados, nas quais estavam presentes questões em torno de direitos intelectuais¹¹⁷:

¹¹⁷ Há uma classificação usual comum nas alternativas postas pelos organismos internacionais como a OMPI e as legislações de outros países na apresentação de propostas de conciliação entre patrimônio cultural imaterial e propriedade intelectual que se dirigem, em grande medida, à proteção de conhecimentos tradicionais, isto é, as dimensões defensiva e a positiva/propositiva. Segundo Ana Quintanilha (2013c, p. 63): “Em linhas gerais, a referida avaliação divide as alternativas de proteção ao patrimônio imaterial em duas espécies de sistemas, o defensivo e o positivo. Grosso modo, o âmbito defensivo vem no sentido de impedir a obtenção de direitos de propriedade sobre o patrimônio intangível e, em contrapartida, o sistema positivo, que almeja justamente contemplar os conhecimentos tradicionais com direitos de propriedade intelectual, com a finalidade de protegê-los da comercialização em termos predatórios”. Do mesmo modo, conforme Carla Belas (2012, p. 50): “[...] basicamente duas abordagens têm dominado o debate sobre a proteção aos conhecimentos tradicionais: 1) defensiva, que visa impedir outros de adquirir ou manter direitos de propriedade intelectual sobre as criações de grupos tradicionais e, ainda, garantir repartição de benefícios no caso de uso comercial; 2) propositiva, que visa o uso de mecanismos do sistema de propriedade intelectual com o fim de obter base

Quadro 04 – Síntese dos conflitos e demandas dos detentores sobre direitos intelectuais

NATUREZA DA DEMANDA DOS DETENTORES DOS BENS CULTURAIS	CONFLITO ANTERIOR AO REGISTRO	CONFLITO DURANTE O REGISTRO	CONFLITO POSTERIOR AO REGISTRO	PREVENÇÃO PÓS-REGISTRO OU DURANTE O REGISTRO
REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS INTELLECTUAIS COLETIVOS CONTRA APROPRIAÇÃO INDEVIDA			<p>Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi (Uso Comercial de Reprodução dos Grafismos)</p> <p>Ofício das Baianas de Acarajé (Uso do Nominativo Acarajé em Domínio de Sítio Eletrônico de Empresa Alimentícia que comercializa a culinária baiana congelada)</p>	
USO POSITIVO DO PCI CONTRA APROPRIAÇÃO INDEVIDA POR MEIO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL	Viola-de-Cocho (Tentativa de Uso do Nominativo Viola-de-Cocho em Marca Mista Individual de Empresa)	Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí (Tentativa de Uso do Nominativo Cajuína por Marca Mista Individual de Empresa)		

		Multinacional de Refrigerantes em novo produto)		
USO DEFENSIVO DO PCI CONTRA APROPRIAÇÃO INDEVIDA	Viola-de-Cocho (Tentativa de Uso do Nominativo Viola-de-Cocho em Marca Mista Individual de Empresa)	Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí (Tentativa de Uso do Nominativo Cajuína por Marca Mista Individual de Empresa Multinacional de Refrigerantes em novo produto)	Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi (Uso Comercial de Reprodução dos Grafismos)	
USO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL ASSOCIADA AO PCI (SOBREPOSIÇÃO DE MECANISMOS)				<p>Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas nas regiões do Serro e das serras da Canastra e do Salitre/ Alto Paranaíba (Indicação Geográfica na modalidade de Indicação de Procedência)</p> <p>Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE</p>

				(Indicação Geográfica na modalidade de Indicação de Procedência) Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí (Indicação Geográfica na modalidade de Indicação de Procedência) Modos de Fazer Cuias do Baixo Amazonas (Marca Coletiva) ¹¹⁸
--	--	--	--	--

Fonte: Elaborado pelo próprio autor, a partir dos processos administrativos analisados.

¹¹⁸ A marca mista Aíra fora depositada no INPI em intervalo temporal quase que concomitantemente ao andamento do processo de registro dos modos de fazer cuias, iniciado em 2010, mas foi concedida antes do registro como bem cultural imaterial, em abril de 2014, quando o ato de inscrição final no Livro dos Modos de Saber Fazer deu-se em maio de 2015, conforme se pode verificar no Quadro 02.

As categorias em que as demandas foram divididas podem se sobrepor, de acordo com a natureza de cada caso. Assim, as reivindicações de direitos intelectuais coletivos podem descrever usos defensivos, como também usos positivos são frequentemente associados à utilização defensiva do PCI. Dessa maneira, os conflitos instaurados sobre bens imateriais registrados funcionaram como filtro para aprofundamento e afinamento da descrição e análise dos litígios, de modo que todos os demais, para os fins atinentes aos objetivos da pesquisa, para efeito de singularização, foram descartados, permanecendo apenas como elementos de reforços e comparações de situações simétricas ou anômalas identificadas nos conflitos analisados¹¹⁹.

Muito embora os casos demonstrem os efeitos constitutivos do Registro do PCI, o IPHAN, no início da utilização do mecanismo, por meio de seus agentes, deixou assinalada a visão embrionária que se sagrou

¹¹⁹ Como visto na classificação da natureza dos conflitos concernente aos bens registrados, as questões do patrimônio cultural imaterial extrapolam o campo dos direitos intelectuais. Assim, não se desconhece o teor dos já citados casos do Jongo do Sudeste em que jongueiros quilombolas se valem do Registro do PCI como reconhecimento de suas identidades para fins de demarcação de seus territórios (ALENCAR, 2010, p. 93) e os casos resolvidos na esfera administrativa, com colaboração de organizações não-governamentais (Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro – FOIRN e Instituto Socioambiental – ISA), da recuperação de acervos de objetos simbólicos e ritualísticos de povos indígenas do Rio Uaupés, para quem a Cachoeira de Iauaretê é sagrada, que se encontravam no Museu do Índio em Manaus (ALENCAR, 2010, p. 94), bem como da suspensão do projeto de imploração da Serra do Bem-Te-Vi para utilização das pedras na construção de pista de pouso pela Aeronáutica, nas cercanias da cachoeira, lugar registrado como bem imaterial (VIANNA, 2011a, p.79-80; QUEIROZ, 2016, p. 161-179). Porém, restringiu-se aos litígios sobre direitos intelectuais, tampouco os bens imateriais referidos encontravam-se na seleção da amostragem da pesquisa. No que concerne à repatriação de acervos, apesar de não tratar diretamente de uma questão de propriedade intelectual, manteve-se a referência a caso surgido durante a Ação de Salvaguarda do IPHAN no qual o DPI tentou reaver de pesquisadores contratados acervo sonoro e visual dos sambadores do Recôncavo Baiano (ALENCAR, 2010, p. 262-271; VIANNA, 2011a, p. 44). Embora não conste no quadro 04, o Samba do Recôncavo permaneceu no campo de análise porque indiretamente o seu caso de repatriação de acervos relaciona-se com direitos autorais e de imagem sobre fotografias e vídeos que documentaram o gênero musical.

vencedora na criação do Decreto nº 3.551/2000. Isso é perceptível nos processos iniciais do Registro.

Ao final da instrução técnica dos processos dos primeiros bens registrados, os pareceres jurídicos, acerca da regularidade formal dos procedimentos da Procuradoria Federal junto ao IPHAN, endossavam a interpretação construída, na época da formulação do Decreto nº 3.551/2000, de que os efeitos jurídicos do Registro não trariam limitações aos direitos de propriedade de terceiros, nem reconheceriam a titularidade de direitos dos detentores sobre os bens. Nos processos administrativos da Arte Kusiwa, do ofício das Paneleiras de Goiabeiras, do Samba de Roda do Recôncavo, do modo de fazer a Viola-de-Cocho e do ofício das Baianas de Acarajé, encontra-se em destaque, nos pareceres jurídicos, o mesmo trecho ratificando e rememorando os destinatários, o Conselho Consultivo e a Autarquia Federal, que o Registro é apenas um ato declaratório de valorização e reconhecimento, pois o (IPHAN, 2002a, p. 30; 2002b, p. 268; 2004b, v. I, p. 100; 2004c, p.170; 2004a, v. II, p. 138):
[...] Decreto nº 3.551, editado em agosto de 2000, não implica qualquer restrição administrativa ao direito de propriedade nem ao uso de determinado bem, nem outorga titularidade a uma pessoa, embora reconheça tratar-se de prática comum de determinado grupo social [...].

Ainda assim, no Registro do Queijo de Minas, pela primeira vez, pensa-se que, em virtude da mudança da Procuradoria Jurídica Federal junto ao IPHAN, o parecer jurídico não ressalta expressamente que o Registro não teria efeitos constitutivos. O parecer finca-se na referencialidade do bem para os grupos formadores da sociedade brasileira, tal como prevê o artigo 216 da Constituição Federal de 1988, enfocando o Registro como mecanismo de proteção do patrimônio cultural e ressaltando aspectos de sua origem em movimentos na constituinte que pugnam pela defesa de uma compreensão mais ampla do conceito de patrimônio cultural (IPHAN, 2006e, v. 4, p. 446). Porém, restringe-se, ainda, em enfatizar o mecanismo como ferramenta de reconhecimento e valorização do bem em sua dinâmica. Esse mesmo entendimento, no qual houve a mudança de uma certeza que regia o Registro desde sua formação, e excluindo ênfase de que o instrumento não tem efeitos constitutivos, será repetido pela Procuradoria nos processos do modo de fazer Renda Irlandesa, do Sistema Agrícola Tradicional do Alto Rio Negro, do Ritxòkò e das Bonecas Karajá, da Cajuína do Piauí e do Carimbó.

Contudo, inobstante o insucesso, em alguns casos, ou vitória parcial dos usos que se fez do Registro do PCI pelos detentores, em outros, o instrumento de reconhecimento tornou-se muito mais que valorização de expressões, conhecimentos, lugares e celebrações de referências culturais para os grupos formadores da sociedade brasileira, modificando a relação de povos, grupos e comunidades tradicionais com a própria sociedade em geral (ALENCAR, 2010, p. 31).

Dessa feita, dividiu-se os conflitos e demandas dos detentores sobre direitos intelectuais identificados nos processos administrativos e documentos complementares dos bens imateriais registrados analisados, de acordo com o livro em que estivesse inscrito, Livro das Formas de Expressão ou Livro dos Saberes.

4.2 As disputas no Livro das Formas de Expressão

No Livro das Formas de Expressão, há dois conflitos entre detentores e terceiros que demonstram os efeitos constitutivos do Registro, principalmente em virtude da reivindicação de direitos intelectuais coletivos e no uso defensivo do PCI contra apropriações privadas indevidas. O chamamento à atuação do IPHAN pelos detentores pautou sua conduta administrativa na esfera competente de salvaguarda do PCI. Por outro lado, os casos abrem as possibilidades e estabelecem os limites da relação entre direitos autorais e expressões culturais tradicionais, bem como demonstram a necessidade de uma regulamentação específica para uso de criações intelectuais transmitidas entre gerações.

4.2.1 O caso da apropriação indevida da Arte Kusiwa – Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi

Ao lado do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras, a Arte Kusiwa dos índios Wajãpi foi um dos primeiros bens registrados. Essa arte gráfica utilizada em pinturas corporais que representam sua cosmovisão e seus modos de vida, apesar de elemento agregador da identidade cultural desse povo indígena, não vinha recebendo a devida importância pelas gerações mais novas, assim como também se tornou objeto de cobiça do mercado para ser empregada em produtos industriais de ornamentação, moda etc. (VIANNA, 2011a, p. 18; ALENCAR, 2010, p. 91-92). Desde antes do Registro do PCI, já havia intensa mobilização social com estudos, pesquisas e organização do próprio povo Wajãpi para que seus grafismos

integrassem a Lista de Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade, o que facilitou a fase de instrução do processo.

Com fundamento na ameaça da transmissão intergeracional da expressão e das apropriações culturais que vinha sofrendo, o Conselho das Aldeias Wajãpi – APINA requereu ao IPHAN, quase um ano e meio após a edição do Decreto nº 3.551/2000, o Registro da arte Kusiwa no Livro das Formas de Expressão. Embora o pedido ressalte a importância dos grafismos para a identidade, a continuidade e o reconhecimento do valor cultural da expressão tradicional, ainda que nos documentos do processo de Registro isso não esteja expresso, o povo Wajãpi tinha a expectativa que o mecanismo, por meio de seu ato declaratório de titulação e certificação, “com os atributos de legitimidade, autoexecutoriedade, exigibilidade e imperatividade” (QUEIROZ, 2016, p. 143), constituísse a proteção de direitos intelectuais coletivos sobre o bem imaterial.

Assim, na Carta do Conselho das Aldeias Wajãpi ao Presidente do IPHAN, além do pedido de reconhecimento e apoio, assinalou-se: “Desejamos garantir o respeito e a proteção dessa arte pertencente aos Wajãpi como uma tradição coletiva de nossa cultura (IPHAN, 2002a p. 03)”. Em reforço ao requerimento de Registro da arte Kusiwa, o Museu do Índio ressaltou a autoria coletiva dos grafismos como elemento de distinção dessa expressão tradicional:

A presente solicitação decorre do interesse e expectativa dos Wajãpi em obter reconhecimento e apoio a essa expressão artística específica de sua cultura. Ao estabelecer as bases para preservar e apoiar a continuidade e a vitalidade de manifestações que se distinguem por suas dimensões tão especiais de imaterialidade, de transmissão oral e de autoria coletiva, a instituição do Registro veio a atender à demanda de um número crescente de lideranças e comunidades indígenas, que desejam ver reconhecida a importância de suas criações e tradições culturais, cuja dinâmica se expressa, em grande parte, por dimensões dessa natureza (IPHAN, 2002a p. 04).

Interessante notar que, ao ser encaminhado para o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, o parecerista encarregado de relatar o processo a esse órgão colegiado omitiu, no relatório, o apontamento da Procuradoria Federal sobre as supostas limitações do registro quanto às restrições ao direito de propriedade e ao reconhecimento de titularidade

coletiva do bem descrito, deixando apenas a menção do recorte à observância ao aspecto formal do procedimento (IPHAN, 2002a, p. 36). Muito embora não se saiba as razões para tanto, observa-se, neste indício, dentro da própria prática administrativa interna por parte dos sujeitos competentes envolvidos nas etapas do procedimento, não apenas divergência quanto ao alcance do registro, mas, também, a tentativa de afastar, esconder ou omitir qualquer nota que ponha em questão efeitos protetivos mais abrangentes do que os explicitamente previstos.

O próprio parecerista ressalta que qualquer tipo de objeção fora feita para que se registrasse como “patrimônio nacional um bem específico de uma comunidade indígena viva” (IPHAN, 2002a, p. 38). Embora não faça qualquer menção direta à questão da titularidade sobre os bens, percebe-se que, antes de ser bem difuso declarado, este primeiro bem imaterial registrado é um bem coletivo do povo Wajãpi, vinculado à sua identidade e a usos tradicionais que se circunscrevem a sua cosmovisão.

No dossiê final acerca da Arte Kusiwa e Arte Gráfica Wajãpi, há tópico específico sobre a proteção contra a exploração das manifestações culturais (IPHAN, 2006b, p. 100). Além de mencionar o Estatuto do Índio, a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 215 e 231, o Decreto-Lei nº 25/37, o Decreto nº 3.551/2000, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Plano Nacional de Educação no que concerne à educação indígena, como instrumentos protetivos dos povos indígenas, o documento abre-se para a reivindicação de novos direitos, manifestos em projeto de lei em trâmite no Congresso (PL 2.067/1991), o Estatuto das Sociedades Indígenas, e na lei estadual do Amapá nº 388, de 10 de dezembro de 1997, que trata do acesso e da utilização de recursos genéticos associados à biodiversidade que prevê a participação das comunidades nas decisões sobre uso de seus conhecimentos tradicionais e direitos a benefícios econômicos e sociais deles advindos.

Em relação ao Estatuto das Sociedades Indígenas, o dossiê antecipa a previsão da garantia de um direito autoral coletivo e a proteção de conhecimentos tradicionais. Porém, em sua redação original, o projeto de lei nada mais faz que adaptar mecanismos da propriedade industrial e do direito de autor já existentes à realidade indígena, menosprezando insuficiências e inadequabilidades desses instrumentos às expressões e aos modos de saber-fazer tradicionais.

Em suma, o referido Estatuto, em seus Capítulos III, IV e V, prevê a concessão de patentes, modelos de utilidades, modelos industriais e desenhos industriais obtidos, direta ou indiretamente, de conhecimentos indígenas, sendo reconhecidos como “inventores” os criadores e as

comunidades, sociedades ou organizações, ou como cotitulares quando se tratar de utilização desses saberes por terceiros; em ambos os casos está presente a obrigatoriedade de atribuição. Em decorrência de hipossuficiência presumida, o projeto isenta as comunidades do pagamento de taxas para obtenção dessa proteção, assim como lhes assegura direito à indenização por dano ocasionado pela ausência de pagamento das anuidades pelos outros cotitulares, e a assistência do Ministério Público Federal sempre que houver licença que trate de exploração econômica da patente, proibindo sua transmissão gratuita por ato *inter vivos* ou a preço vil.

O projeto de lei é extensivo à propriedade intelectual que não possa ser objeto de patente e da LPI, isto é, à toda a produção intelectual indígena que não se encaixe nos requisitos de quaisquer dos instrumentos da propriedade industrial mencionados. Incluiu-se qualquer conhecimento que tenha uma utilidade na aplicação de fármacos, pesquisas ou efetiva aplicação comercial e industrial, prevendo uma prestação pecuniária por parte dos interessados na utilização. De outro modo, muito mais inovador, está a sugestão de um direito autoral coletivo de titularidade das comunidades indígenas sobre obras intelectuais e criações do espírito coletivamente produzidas, como músicas, contos e lendas.

No mesmo ano do registro, o Museu do Índio, subscritor do pedido, publicou cartilha com os grafismos, para que fosse inserida em “uma estratégia que visa reconhecer como direito exclusivo dos Wajãpi o uso de suas tradições” (MI, 2002, p. 7). O livro que resultara de exposição dos padrões do sistema gráfico Kusiwa é assertivo e direto sobre o direito de exclusividade desse povo sobre reprodução e comercialização do seu repertório cultural (MI, 2002, p. 36). Toda justificativa se assenta na própria organização social indígena e no significado que as pinturas têm para este povo.

Por se tratar de obras elaboradas a partir de um repertório definido de elementos básicos, todos eles identificados por denominações específicas, que incluem também suas variantes, essas composições são reconhecidas como representativas de uma tradição gráfica própria aos Wajãpi. Seus significados estão diretamente relacionados à cosmologia do grupo, encontrando nas narrativas míticas e históricas sua forma de transmissão e o dinamismo próprio à ampliação do repertório. São esses alguns motivos que justificam a exibição deste acervo, que deve ser respeitado

como de propriedade intelectual coletiva dos Wajãpi (MI, 2002, p. 36).

Até as disposições sobre “copyright”, presentes na publicação, advertem para a natureza coletiva dos desenhos e seu pertencimento exclusivo ao povo Wajãpi, sendo necessária autorização por escrito do Conselho das Aldeias para qualquer tipo de reprodução total ou parcial. Na obra, também há a previsão de que qualquer renda proveniente da venda seja destinada às atividades sociais do Conselho das Aldeias Wajãpi – APINA.

Vê-se que tantos impactos positivos da proclamação da arte gráfica Wajãpi como obra prima da humanidade e do Registro do PCI aumentaram sua visibilidade perante à sociedade em geral e o mercado, alimentando entre o povo indígena a presunção que o instrumento de reconhecimento confere direitos intelectuais. Portanto, essas expectativas sobre os efeitos do Registro, por parte desses detentores, também têm cunho defensivo contra impactos negativos que possam ocorrer em virtude das apropriações indevidas e que os tornam vulneráveis e desiguais diante da posição social e econômica de terceiros, em geral grandes empresas.

Dessa maneira, as demandas desse povo indígena ao IPHAN para que intervisse em algumas situações, nas quais os usos dos seus grafismos não foram autorizados, modificaram a atuação da Autarquia. Na maioria das vezes, predominou ainda o argumento sobre os efeitos do Registro apenas para fins de reconhecimento e valorização do bem, porém o IPHAN transpôs o lugar de omissão para o de mediação nessas negociações, muito embora entendesse que sua competência pós-ato declaratório era a de apoiar e fomentar a continuidade do bem imaterial, por meio das ações de salvaguarda.

Assim, em 2010, deu-se, como parceiro, a participação do IPHAN nas tratativas entre os Wajãpi e grande empresa brasileira de cosméticos, cujo interesse era utilizar os grafismos em seus produtos e em publicidade. (BRAYNER, 2012, p. 9). Na ideia de responsabilidade compartilhada sobre o bem imaterial registrado, as negociações envolveram organizações não-governamentais como o Instituto IEPÉ. Do ponto de vista do povo indígena, a presença da Autarquia é uma garantia de proteção aos seus direitos culturais coletivos sobre o bem cultural imaterial registrado. Porém, tanto para a empresa, para o IPHAN, quanto para os Wajãpi, a falta de legislação complementar específica para o uso de expressões tradicionais comprometia o âmbito da regulação do objeto

da negociação, ainda que os indígenas compreendessem a validade das suas normas sociais na condução de seus interesses.

Porém, como descrito por Ana Quintanilha (2013c, p. 55), não se chegou a um denominador comum para os usos dos grafismos pela empresa. A grande preocupação dos Wajãpi não era, propriamente, o uso comercial associado à imagem, à marca e ao nome da empresa (JAENISCH, 2010, p. 44) ou os benefícios econômicos gerados da exploração de seus grafismos, eram as consequências espirituais advindas da difusão serial do seu PCI. Isso porque, na cosmologia dos Wajãpi, eles são apenas veículos e protetores da arte Kusiwa, seus encantados seriam os “verdadeiros donos”¹²⁰.

Nesse sentido, essa foi a postura dos Wajãpi, em maio de 2011, quando procuraram o IPHAN a fim de que a Autarquia tomasse providências, na defesa de seu PCI registrado, contra grande empresa de papéis de parede que, juntamente, com reputado *designer* gráfico, se apropriaram de seus grafismos para composição de nova coleção de produtos, divulgando a publicidade da novidade de seus objetos de decoração em meios de comunicação de alcance nacional. Segundo Natália Brayner (2012, p. 9), a APINA denunciou o uso irregular ao IPHAN, e solicitou que fosse adotada juridicamente a medida de suspensão imediata da comercialização dos papéis de parede, tendo em vista, de acordo com suas crenças, que os consumidores da empresa poderiam ter problemas de saúde e os Wajãpi, dificuldades para identificar as pessoas, a fim de mitigar danos mais graves.

Apesar de anteriormente o IPHAN manter distanciamento acerca de questões sobre direitos intelectuais coletivos dos Wajãpi, bem como ter solidificado a interpretação restritiva sobre os efeitos do Registro, nesse caso, entendeu que o uso econômico não autorizado dos grafismos poderia gerar danos ao bem cultural imaterial registrado. Porém, inobstante sua competência para proteção do PCI, construiu junto aos detentores, organizações da sociedade civil, bem como a outras entidades da Administração Indireta, tal qual a FUNAI, e o órgão técnico de representação judicial e extrajudicial da União, a AGU, a estratégia em comum acordo para impedir a distribuição e venda dos papéis de parede, assim também reparar os danos culturais até então causados (QUEIROZ, 2016, p. 151).

¹²⁰ De forma semelhante, Carlos Sandroni (2007, p. 69-70), no âmbito musical, faz menção aos Toantes Pankakararu, povo indígena do Sertão de Pernambuco que entoam canções que são atribuídas a entidades espirituais.

Infere-se aí o atendimento ao *princípio da participação popular* do Registro do PCI e que uma das obrigações do IPHAN, após a declaração, não é a fiscalização da prática do bem imaterial, mas das intervenções de terceiros sobre elas. Em outro viés, verifica-se a tomada de consciência legal, através do Registro, por parte dos Wajãpi, representados pela APINA, para a proteção do seu PCI.

De todo modo, é patente que os Wajãpi reivindicaram direitos de atribuição sobre os grafismos e direitos de controle sobre os usos, para regular apropriações indevidas. Os índios Wajãpi sempre tiveram crença no efeito constitutivo do Registro de uma propriedade intelectual coletiva sobre suas pinturas, desde o pedido de registro à inscrição do bem cultural no Livro das Formas de Expressão. Este conflito posterior ao Registro indica esta fé em *efeitos mediatos implícitos*, assim também asseguram o respeito às normas específicas de sua organização social.

Por óbvio, no episódio analisado, se não autorizado o uso dos grafismos, não houve consentimento livre, prévio e informado dos Wajãpi, nem tampouco respeito aos significados socioculturais atribuídos à sua pintura corporal (LIXINSKI, 2013, p. 217).

Diante do ato danoso, o IPHAN, com a colaboração da AGU, emitiu notificação extrajudicial à empresa, informando-a de que os grafismos se tratavam de bem cultural imaterial registrado como patrimônio cultural brasileiro, portanto, diante do princípio da indisponibilidade do interesse público e do uso não autorizado da arte gráfica, requeria imediatamente que a venda dos papéis de parede fossem suspensas; a suspensão da produção; o fornecimento de informações sobre o que já tinha sido comercializado; e o retorno de qualquer produto restante ainda em estoque aos Wajãpi (BRAYNER, 2012, p. 3; QUEIROZ, 2016, p.149). Para Ana Quintanilha (2013c, p. 57):

Com efeito, a patrimonialização da arte Kusiwa e o recente interesse da empresa de cosméticos em negociar a utilização desses grafismos em seus produtos têm revelado que a valorização desses bens e o seu reconhecimento enquanto patrimônio cultural do Brasil traz em seu bojo consequências não antecipadas e inevitáveis, dentre elas o assédio de empresas interessadas em agregar valor a seus produtos, fazendo usos desses bens. Assim, ao contrário de ter a sua arte protegida contra o uso (comercial ou de natureza diversa) pelos não indígenas, os Wajãpi enfrentam o interesse maior das empresas em utilizar a arte Kusiwa após a sua patrimonialização. Ademais, os detentores desse

patrimônio cultural veem-se imersos em uma conjuntura que expressa a fragilidade ou a inexistência de instrumentos jurídicos de proteção dos seus bens no âmbito da política de salvaguarda para os bens registrados. É difícil a compreensão antropológica ocidental de que não interessa aos Wajãpi a exploração comercial do Kusiwa.

Após a notificação extrajudicial, a empresa se reuniu com os Wajãpi e o IPHAN, firmando o acordo de não se utilizar dos grafismos Kusiwa e se comprometendo a reparar, de forma compensatória, o dano, monetariamente, com o fito de que os valores indenizatórios fossem empregados em projetos prioritários aprovados na Assembleia dos Wajãpi. O termo, denominado de Acordo e Compromisso, em verdade, se tratava de Termo de Ajustamento de Conduta (QUEIROZ, 2016, p. 152), mecanismo extrajudicial de composição de conflitos, do qual a União, como legitimada para impetrar a ação civil pública (artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85), pode se valer para proteger esses e outros direitos e interesses transindividuais (coletivos e difusos). Além da responsabilização, o TAC tem efeito inibidor e preventivo quanto a futuros ilícitos ou à continuidade do ato lesivo ao PCI (SOARES, 2009, p. 352). Eis os termos compromissórios do TAC¹²¹:

CLAUSULA SEGUNDA: DAS OBRIGAÇÕES DA EMPRESACOMPROMISSÁRIA

A EMPRESA___ compromete-se:

I- Compensar, o dano causado ao patrimônio cultural imaterial ARTE KUSIWA, com a obrigação de viabilizar a execução de 08 (oito) projetos descritos no plano de trabalho e cronograma físico financeiro apresentado pelo povo WAJÃPI, que faz parte integrante deste instrumento, e que totaliza a quantia de R\$150.000,00(Cento e cinquenta mil reais).

II- A depositar a quantia de R\$150.000,00 (Cento e cinquenta mil reais) na conta específica da AWTAC-....., conta corrente nº , agência .., do Banco..., e os depósitos dar-se-ão em 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas de R\$ 12.500,00 (Doze mil e quinhentos reais) para execução e implantação dos projetos referenciados e que

¹²¹ Não se obteve acesso à íntegra do Termo. Deve-se o acesso a esta informação ao trabalho de Hermano Queiroz (2016, p. 152).

foram aprovados na Assembleia WAJÁPI realizada no dia 21 de junho de 2011.

A empresa causadora do dano assumiu civilmente obrigações resultantes do próprio Registro do PCI, evitando transformar o litígio em querela judicial, não havendo notícias de descumprimento para fins de exigência judicial de penalidades ou sanções de outra natureza. Verifica-se, no presente caso, a configuração e a indenizabilidade de danos patrimoniais e morais coletivos, diante de lesão e ameaça a bem imaterial registrado (MIRANDA, 2012a), com fulcro na reivindicação, defesa e proteção de direitos intelectuais associados ao PCI de povo indígena. Assim, não obstante a repercussão patrimonial e material do dano, do ponto de vista da reparação moral, a lesão representou uma ofensa ao sentimento e à crença dos Wajãpi, depositados sobre seus grafismos e os usos deles decorrentes. Por outro lado, firmou ao IPHAN e aos terceiros causadores do dano que se trata de expressão tradicional pertencente a toda a etnia Wajãpi e, como tal, deve ser respeitado.

O caso expõe a fragilidade do poder sancionador do Poder Público frente a lesões ao patrimônio cultural imaterial. A legislação penal brasileira tipifica e pune apenas crimes cometidos contra bens culturais materiais, móveis e imóveis. Excepcionalmente, o Estatuto do Índio, em seu artigo 58, inciso I, tipifica como crime “escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena – detenção de uma a três meses”. Assim, também, no âmbito administrativo do IPHAN, as sanções só foram normatizadas pela Portaria nº 187, de 9 de junho de 2010, circunscritas ao patrimônio tombado edificado, em virtude de ação civil pública do Ministério Público Federal, obrigando-o a suprir lacuna octogenária. Porém, compreende-se que o direito sancionador não substitui o potencial da educação patrimonial, de ações e Planos de Salvaguarda que tenham por objetivo o esclarecimento dos direitos dos detentores a outros segmentos sociais ou a difusão das orientações dos próprios povos e comunidades tradicionais sobre como acessar seu PCI.

Ainda assim, o caso é paradigmático para visualização dos efeitos constitutivos do Registro do PCI. Para os bens culturais imateriais registrados de povos indígenas, como as expressões artísticas e as práticas associadas ao modo de fazer bonecas do Povo Karajá, técnica de domínio coletivo (IPHAN, 2011a, p. 177) que igualmente é pressionado, após a visibilidade do Registro, a intensificar sua produção artesanal para gerar renda (IPHAN, 2011a, p. 173), ele representa uma maneira de se prevenir conflitos e impor limites a terceiros, interessados na comercialização de

seus artesanatos, no uso de suas pinturas corporais, bem como de pautar a atuação do IPHAN.

Dentro da solução apresentada, não fica claro se o TAC respeitou as regras de autodeterminação do povo Wajãpi, como uma consulta aos seus membros acerca de seu conteúdo, muito embora tenha atendido à vontade de suas representações quanto ao requisitado pelo pedido de providências dirigido ao IPHAN. Afinal, o Termo não deixa de ser uma forma contratual do direito moderno, que deve se amoldar ou incorporar às regras usuais e comunitárias. Nada obsta a incorporação da técnica legal às tradições dos povos, porém a adaptação tem que partir da preponderância das suas formas de organização social, não como fórmula imposta (LIXINSKI, 2013, p. 206). Contudo, nada desse imperativo ocorreu, tanto assim que as indenizações da reparação foram direcionadas para a própria comunidade segundo instância deliberativa de seu povo.

Apesar do aparente efeito pedagógico da responsabilização civil extrajudicial, não há uma garantia de que a empresa não deixou de ser estimulada a se apropriar de outros bens culturais imateriais de outros povos indígenas (LIXINSKI, 2013, p. 198), tampouco que tenha servido de exemplo para impedir outras apropriações indevidas por outras empresas do mesmo porte. A vitória dos Wajãpi nesta casuística não implica a dissuasão de terceiros em disputas dessa natureza. Porém, delineia um indicativo de mudança normativa no Registro de expressões e manifestações culturais para que ele contenha, ao lado dos elementos essenciais do bem, ou que o Banco de Dados onde é armazenado possua, regras e princípios a sua margem, dando orientações gerais sobre as limitações de uso de cada bem cultural imaterial. Tal qual o ato de tombamento delimita o entorno, o que está sendo preservado, sendo apenas regras genéricas que remetem aos direitos dos detentores.

Inobstante a sustentabilidade ser uma das linhas das ações e Planos de Salvaguarda do PNPI, a situação ilustra os impactos negativos da inserção dos bens culturais imateriais na economia de mercado, modificando os valores simbólicos e de uso das expressões, assim como demonstra que os detentores não detêm controle, por meio do Registro do PCI, sobre usos não autorizados ou que comprometem sua autonomia. Para efeitos de proteção do patrimônio cultural, é suficiente o atendimento ao requisito da referência cultural que o valor possui para o grupo. Todavia, para seus usos desconectados dos seus contextos culturais originários e por razões de ordem eminentemente econômica, especialmente bens imateriais sagrados para povos e comunidades tradicionais, é imprescindível a autorização dos detentores.

O caso dos Wajãpi apresenta a reivindicação de direitos morais de atribuição dos seus grafismos ao seu modo de vida comunitário e particular, e direitos de uso contra exploração indevida, o que aproxima a discussão às relações entre PCI e direitos autorais. Porém, o Decreto nº 3.551/2000 não prevê entre os seus efeitos o reconhecimento de uma propriedade intelectual coletiva especial para expressões tradicionais. Daí porque o precedente reconhece, implicitamente, efeitos extensivos ao mecanismo, mas, igualmente, também, apresenta duas saídas para a questão: 1) a elaboração de uma nova legislação atualizando o Registro do PCI, reconhecendo direitos intelectuais coletivos; 2) a adaptação do atual sistema de direitos autorais às expressões culturais tradicionais registradas.

O primeiro ponto depende da resposta ao segundo, sob pena da construção de normas tautológicas ou contraditórias. Porém, preliminarmente, o que se enfrenta quanto à adequação dos direitos autorais ao “folclore”, às expressões e às manifestações culturais tradicionais, é que seu paradigma fundante está assentado na formulação da ideia de indivíduo-criador moderno (GOULART, 2015, p. 45), para o qual os direitos intelectuais, econômicos e morais seriam um estímulo decorrente do trabalho e do esforço de sua labuta criativa. Portanto, não fora constituído sob a égide das criações de dimensões coletivas, impessoais, pré-existentes, que se perpetuam, através da transmissão oral ou de ensinamentos e técnicas repetitivas ou por imitação, por gerações (PONTES NETO, 2002, p. 75; RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 59-60).

De outra maneira, para povos indígenas, como os Wajãpi, e outras comunidades tradicionais, independentemente da natureza jurídica dos direitos de autor, a sua dimensão econômica está sempre vinculada ao conceito de direito de propriedade ou à ideia de monopólio individual, com os quais nem sempre estão familiarizados.

Para a maioria, senão todos os povos e comunidades indígenas do continente, a distinção entre patrimônio material e imaterial não tem sentido, tal como não tem sentido uma visão fragmentada de bens culturais que adquirem todo seu valor no contexto de significado ao qual pertencem. Estamos no terreno do direito à identidade cultural. Do mesmo modo, ocorre com o direito de autor ou de propriedade intelectual, em grupos humanos onde a propriedade não só é

coletiva, mas também intergeracional¹²² (BRAVO, 2014, p. 372).

Para regular criações coletivas indígenas, a FUNAI editou a Portaria nº 177, de 16 de fevereiro de 2006, visando a proteção do patrimônio cultural material e imaterial relacionado às imagens, obras artísticas e intelectuais de povos originários, a fim de facilitar procedimentos de autorização de uso, aquisição e cessão de direitos intelectuais coletivos e individuais de seus membros. A portaria, em seu conteúdo material, fornece elementos para prevenção de casos como os dos Wajãpi. Sua valia pode auxiliar as estratégias de proteção dos detentores contra apropriações indevidas.

Além disso, para elucidação de conflitos como o apresentado, que refletem as relações entre as expressões tradicionais do PCI salvaguardadas e os direitos autorais coletivos, é mister compreender, objetivamente, as suficiências e insuficiências do atual sistema de direitos de autor para averiguação de sua adequação ou inadequação à proteção de direitos intelectuais de detentores de bens culturais imateriais registrados.

4.2.1.1 Os direitos autorais modernos e a Portaria da FUNAI sobre direitos autorais indígenas como solução

A adequação dos direitos autorais, no sistema atual, às expressões culturais tradicionais coletivas registradas, enfrenta alguns problemas de ordem prática sobre a singularidade dos criadores, a identificação de titulares, o atendimento aos requisitos para proteção e configuração da obra intelectual, a temporalidade da proteção, e limites. De pronto, a contradição aparente estaria na própria natureza do ato declaratório do mecanismo do Registro do PCI, pois, para o direito de autor convencional, a proteção de obra intelectual independe de qualquer tipo de registro (artigo 18 da Lei nº 9.610/98). No mais, registrar a obra é uma faculdade

¹²² Tradução livre do original em espanhol: “Para la mayoría sino todos los pueblos y comunidades indígenas del continente, la distinción entre patrimonio material e inmaterial no tiene sentido, tal como no tiene sentido una mirada fragmentada a bienes culturales que cobran todo su valor en el contexto de significado al que pertenecen. Estamos en el terreno del derecho a la identidad cultural. Del mismo modo ocurre con el derecho de autor, o de propiedad intelectual, en grupos humanos donde la propiedad no solo es colectiva sino también intergeneracional”.

que, no máximo, constitui presunção relativa sobre a autoria, podendo ser contestada, já que basta a exteriorização pública pelo criador da ideia artística, literária, científica etc., fixada em um suporte material ou imaterial, para que lhe seja conferida proteção.

Para o direito ocidental moderno, a autoria é o elo personalíssimo entre o criador e a sua obra. Portanto, atribuível a um ou mais indivíduos identificáveis. A proteção autoral é marca da individualidade ou da individualização dos sujeitos que tem direitos morais sobre suas obras (direito de atribuição ou à paternidade; direito à integridade, direito de modificação, direito à nomeação, direito ao inédito, direito ao arrependimento, direito de acesso à obra), inalienáveis e irrenunciáveis, cuja transmissão aos sucessores só pode se dar nos termos da lei (artigo § 1º do artigo 24 da LDA). Afinal,

[...] obra que não se ajusta ao conceito de originalidade, que não espelha a individualidade de seu autor, não será considerada como tal e, por via de consequência, não ingressa no campo autoral, não estabelece a conexão com os seus princípios mais comezinhos” (PONTES NETO, 2002, p. 78).

Assim, também, ao autor é atribuído um monopólio de usar, gozar e dispor de sua obra, em geral, faculdades exercitadas para obtenção de direitos econômicos gerados sobre o controle da criação. Dessa feita, enquanto para o direito autoral moderno a obra é marcada pela pessoalidade do autor, as expressões tradicionais são notadamente impessoais. Segundo Hildebrando Pontes Neto (2002, p. 76) acerca das manifestações do folclore:

É da natureza das expressões do folclore a impessoalidade de sua manifestação, o seu caráter coletivo, ainda que possa ocorrer o fato de um elemento da comunidade deter parcela do conhecimento somando-se a tudo isso o fascinante movimento dialético que encampa as expressões do folclore, num permanente e infindável trabalho de criação e recriação artística.

Sendo correta essa base fática, e ela o é, cumpre visitar os pressupostos autorais que impedem a extensão do mantou autoral sobre as expressões do folclore. Como a impessoalidade é elemento constitutivo de sua própria essência, ela não pode ser alcançada pelo conceito de originalidade, conceito fundamental e imprescindível na configuração da obra. A originalidade, além de

subjetividade, é uma emanção pessoal do seu criador. Ela é o resultado de vários componentes subjetivos que ficam vinculados na obra, de molde a refletir as condições pessoais do autor, que é a marca indelével de sua criação.

As obras têm o aporte de sua contribuição originária ou de contributo mínimo (RAMOS, 2010), ainda que seja derivada de outra. Em contrapartida, as expressões culturais tradicionais, em regra, não possuem criadores definidos. Na maior parte dos casos, são expressões ancestrais, nas quais não se pode identificar indivíduos-autores, tampouco lhes atribuir direitos. Ainda assim, mesmo quando há obras novas resultantes de expressões tradicionais, os detentores, usualmente, realizaram apenas “aportes não substanciais para justificar a obtenção de direitos autorais” (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 67). Sem o corolário do atributo da originalidade, a expressão intelectual resta esvaziada de blindagem jurídica. Nas palavras de Hildebrando Pontes Neto (2002 p. 72),

Outra reflexão que ora se impõe, diz respeito à originalidade. É conceito forjado e extraído da individualidade do autor, portanto um direito personalíssimo. A originalidade se reveste de subjetividade, ficando certo que a obra que não trazer esse conteúdo essa especificidade, não se submete ao pálio da proteção autoral. A obra deve expressar, deve refletir a individualidade de seu autor, uma vez que ela é o resultado da inteligência, da sua sensibilidade, de toda a sua acuidade, constituindo-se, por isso mesmo, em um prolongamento da personalidade de seu criador. Sem originalidade inexistente obra.

Outrossim, as expressões culturais tradicionais são coletivas, reproduzidas e transmitidas por gerações, atribuídas à identidade e à memória de povos, grupos e comunidades, ou, no caso de expressões sagradas, às suas próprias divindades. Nem o conceito de obra coletiva do direito de autor vezes alcança esta realidade, pois também está centrado nas participações e colaborações autônomas ou individualizáveis de sujeitos criadores para uma obra conjunta, na qual cabe a organização a uma pessoa física ou jurídica. Ainda assim, a lei se finca na proteção da autoria individual nesse tipo de obra.

Do ponto de vista da economia dos bens culturais imateriais, isso está mais relacionado à titularização derivada de direitos patrimoniais de

terceiros adquirentes (indústrias culturais, grandes empresas de publicidade etc.) de quaisquer das faculdades dos autores de usar, gozar e dispor da obra e de controle sobre sua utilização, para fins de transformação da criação em mercadoria, nada tem a ver com preocupações atinentes à proteção de coletividades tradicionais. Quando se trata de criação individual particular de obra intelectual de um ou mais membros de um povo indígena ou comunidade tradicional, havendo originalidade na expressão, fixação em um suporte, não há maiores problemas no reconhecimento de seus direitos¹²³. É direito do membro do povo ou do grupo criar e inovar sobre expressões tradicionais e receber proteção aos seus direitos individuais sobre a criação (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 68).

Ainda assim, há resistência para o direito de autor convencional reconhecer e titularizar criadores coletivos, unitários, que não são meramente o somatório de seus membros, mas expressão de sua organização social, tais quais os detentores do PCI, pois “[...] o autor não pode ser tomado pelo coletivo, pelo grupo, pela tribo. Mais ainda, não há falar em direito moral de autor quando as criações das expressões do folclore são resultados do coletivo” (PONTES NETO, 2002, p. 76). Nesse

¹²³ Em estudo de caso sobre o espólio de violeiro tradicional de Minas Gerais, denominado “Sô Guiga” (1886-1961), cujas músicas integram o patrimônio imaterial do “Choro Mineiro, Paloma Goulart (2015, p. 49 e ss.) defende a existência de direitos sucessórios sobre expressões tradicionais, advinda de conhecimentos tradicionais, transmitidas no âmbito familiar, *in casu*, aos descendentes do músico, ainda que essa transmissão tenha se dado apenas pela oralidade e pela memória histórica do músico, e que o exercício de direitos morais, após a morte dos filhos do mestre em questão, seria transmitido aos netos mantenedores de sua tradição. A questão central sob o caso é que a música tradicional de “Sô Guiga” nunca foi fixada em qualquer suporte, ou dela feito nenhum tipo de registro, porém foi repassada de geração a geração. Após traçar uma genealogia de seus descendentes para efeitos sucessórios, ela identifica quem seriam os titulares para decisão acerca das autorizações de uso, licenças e contratos sobre a obra intelectual do mestre violeiro, sugerindo um modelo de identificação de autoria e titularidade para obras tradicionais a partir de cada particularidade apresentada. O estudo tem o mérito de fornecer um roteiro para averiguar se determinada expressão musical tradicional está ou não em domínio público, se é possível ou não identificar e localizar os seus criadores e que direitos são transmitidos aos seus sucessores.

sentido, a ótica comunitária não parece prevalecer ou se ajustar adequadamente aos direitos autorais, e vice-versa.

No caso dos Wajãpi, reivindicou-se, coletivamente, um direito moral de atribuição dos grafismos e de controle sobre os usos de sua arte gráfica, suficiente para tutela em defesa do PCI contra dano cultural coletivo. Se o povo indígena não puder ser entendido como um sujeito coletivo a quem possam ser atribuídos direitos morais sobre suas criações, em virtude do vínculo comunitário com elas, sobrepõe-se também a ótica individualista da autoria (LIXINSKI, 2013, p. 191), para quem não se pode atribuir direitos da personalidade a toda uma comunidade ou grupamento humano.

De outro modo, os direitos autorais estão sujeitos a limitações que têm por objetivo dar-lhes uma função social (CARBONI, 2006; SOUZA, 2006) para atenção a outros direitos fundamentais, sociais e culturais, dos demais cidadãos, como o direito de acesso à cultura, o direito à educação, à informação, direito à liberdade de expressão cultural etc., que alimentam o motor da criatividade humana juntamente com o domínio público. As limitações estabelecem usos livres das obras intelectuais, que não dependem da autorização dos autores ou dos titulares sobre seus direitos. Elas podem estar previstas em casos especiais na própria lei (rol exemplificativo dos artigos 46 a 48 da LDA) ou decorrem de uso justo e razoável que não atentem contra a exploração normal da obra e que não prejudiquem, de maneira injustificada, os interesses legítimos do autor, o que a doutrina norte-americana denominou de regra interpretativa do *fair use*.

Nesse sentido, apesar de favorecer a sociedade, em matéria de igualdade material, diante principalmente de expressões de cunho sagrado, as limitações podem, invariavelmente, contrariar os interesses de povos e comunidades tradicionais, ou afetar o controle sobre usos indevidos de suas expressões, caso fossem consideradas sujeitas ao direito de autor¹²⁴ (RODRIGUES JÚNIOR, 2010 p. 71).

¹²⁴ Em recente decisão no REsp 1575225/SP, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando as limitações aos direitos autorais, firmou o entendimento de que, para fins de arrecadação de direitos por execução pública em local de frequência coletiva, o Escritório Central de Arrecadação – ECAD não poderia cobrar escola por executar músicas folclóricas em festa junina, por se tratar de atividade de cunho eminentemente cultural, educacional e pedagógico, no interior do estabelecimento de ensino, exceção à regra do exclusivo prevista no artigo 46, VII da LDA. Eis o acórdão: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO

AUTORAL. COBRANÇA. ECAD. EXECUÇÃO DE MÚSICAS CULTURAIS E FOLCLÓRICAS EM FESTA JUNINA PROMOVIDA POR ESCOLA. ATIVIDADE DE CARÁTER PEDAGÓGICO E DE NATUREZA INTEGRATIVA. 1. A Lei 9.610/98, regulando a matéria de forma extensiva e estrita, aboliu o auferimento de lucro direto ou indireto pela exibição da obra como critério indicador do dever de pagar retribuição autoral, erigindo como fato gerador da contribuição tão somente a circunstância de se ter promovida a exibição pública da obra artística, em local de frequência coletiva. 2. No entanto, a própria Lei 9.610, de 1998, em seu art. 46, VI, admite exceção à regra, quando estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais "a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro". 3. a espécie, as instâncias ordinárias, com base nos elementos informativos da lide, noticiam o caráter pedagógico da atividade - execução de músicas culturais e folclóricas em festa junina -, ocorrida, sem fins lucrativos, no interior do estabelecimento de ensino, afastando a pretensão da recorrente. 4. Saliente-se que o método pedagógico não só pode como deve envolver também entretenimento, confraternização e apresentações públicas. A solução, portanto, depende do caso concreto, pois as circunstâncias de cada evento, a serem examinados soberanamente pelo julgador ordinário, é que irão determinar seu devido enquadramento. A espécie, nos moldes das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, comporta, nesta instância recursal extraordinária, tão somente a reavaliação dos fatos e circunstâncias destacadas no acórdão ou na sentença. 5. Ademais, tratando-se de festa de confraternização, pedagógica, didática, de fins culturais, que congrega a escola e a família, é fácil constatar que a admissão da cobrança de direitos autorais representaria um desestímulo a essa união. Esse desagregamento não deve ser a tônica, levando-se em consideração a sociedade brasileira, tão marcada pela violência e carente de valores sociais e culturais mais sólidos. 6. É indevida a cobrança de direitos autorais em hipótese restrita de evento promovido com fins didáticos, pedagógicos e de integração entre família e escola, sem intuito de lucro. Inteligência do art. 46, VI, da Lei 9.610 de 1998. 7. Recurso especial desprovido. (REsp 1575225/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 03/08/2016)”. Muito embora nem no acórdão ou nos votos dos Ministros tenha havido qualquer menção de que essas expressões tradicionais estariam no domínio público, infere-se na decisão o peso que a natureza do gênero musical teve para constatação da finalidade da execução musical, com o objetivo de se averiguar se o caso concreto se enquadrava ou não nas hipóteses de limitação.

Outro argumento desfavorável à utilização do direito de autor moderno para proteção de expressões tradicionais, é que elas, via de regra, não estão fixadas num suporte, pois “são transmitidas oralmente, por imitação ou por outros meios que dispensam sua fixação em um suporte permanente” (RODRIGUES JÚNIOR, 2010, p. 69). A sua continuidade, independentemente da fixação, ocorre temporal e intergeracionalmente, o que acarreta outra incompatibilidade com os direitos de autor, mormente porque eles são conferidos legalmente por um prazo de proteção, que no Brasil corresponde aos setenta anos após o primeiro de janeiro do ano seguinte ao do falecimento do autor. Depois da intercorrência desse lapso temporal, a obra estaria em domínio público, juntamente com as ideias e a relação de objetos não protegidos por direito de autor do artigo 8º da LDA, ou excluídos legalmente de sua proteção pela legislação da PI.

Para as expressões tradicionais coletivas, isso acarreta problemas. Em particular, porque não há autor-indivíduo ou criadores individualizáveis. Em segundo lugar, não há como precisar o momento da criação da expressão, portanto, sem autor e sem o início da publicização, não se sabe ao certo quando começaria o prazo de proteção. Igualmente, o fato de serem criações muito antigas e ancestrais, para o direito de autor, presumiria que se tratam de expressões em domínio público. Por falta do atendimento aos critérios da originalidade e da criação em um suporte, é previsível que sequer fossem consideradas obras intelectuais, portanto impossíveis de serem protegidos por direitos autorais.

No caso dos Wajãpi, pela perspectiva do direito de autor, corre-se o risco das pinturas corporais serem consideradas apenas estilos estéticos sob o ponto de vista moderno que, pelo artigo 8º da LDA, estariam certamente excluídas da proteção autoral, o que significaria “ao menos quanto aos efeitos decorrentes de sua não-proteção, as obras constantes do art. 8º da LDA estão, teleológica e axiologicamente, no domínio público” (BRANCO, 2011, p. 219). Para José de Oliveira Ascensão (2005 p. 162-164)

O estilo não é um objeto. Não se deposita um estilo em repartição pública, por exemplo. É uma realidade intelectual, resultante de uma abstração realizada a partir de uma pluralidade de objetos.

[...]

Os estilos não estão compreendidos porque não cabem na noção de obra; e além disso porque, muito conscientemente, foram especificamente excluídos.

A repetição da expressão tradicional pela coletividade afastaria a proteção convencional. A exclusão do rol de obras protegíveis faz com que ideias desta natureza ingressem, juntamente com obras cujo prazo de proteção de 70 anos após a morte do autor expirou, conforme Sérgio Branco (2011, p. 217), em uma espécie de fundo comum, no qual nos dizeres do já falecido Bruno Jorge Hammes (2002, p. 126) “todos e cada um podem utilizá-la sem depender de autorização de um titular e sem ter que pagar algo pela utilização”. *A priori*, a perspectiva de um domínio público total das expressões tradicionais não se coaduna com os direitos culturais coletivos de povos e comunidades tradicionais. Então, é usual que se encontrem afirmações doutrinárias como a de Elisângela Dias Menezes (2007, p. 92-93) acerca das expressões tradicionais ainda sob a designação do folclore:

Quando se fala em domínio público, há que se referir ao folclore, diferenciando os dois conceitos, sob o ponto de vista jurídico. Enquanto conjunto de obras de manifestação popular e autoria desconhecida, o folclore constitui um grande acervo de propriedade intelectual de toda a nação, compondo o patrimônio cultural brasileiro, cuja responsabilidade de preservação compete ao Estado.

Trata-se de obras coletivas, que pertencem não a um ou outro autor, mas a todos os brasileiros.

O sistema do domínio público no direito de autor é, portanto, universal, incondicional e definitivo. Não à toa a transparência do tema por Denis Barbosa (2013, p. 551-552):

O que definiria esse espaço é a livre utilização de seu conteúdo por todos, o ser *res communis omnium*, coisa que a todos pertencem e de que ninguém pode apropriar-se. O uso livre comporta tanto a fruição – de um leitor ou espectador – quanto a transformação criativa; neste caso, pode haver a apropriação dessa, deixando a matéria prima transformada em completa liberdade para outras transformações e fruições.

[...]

O ingresso no domínio público em cada sistema jurídico é incondicional, universal e definitivo; a criação passa a ser comum de todos, e todos têm o direito de mantê-la em comunhão, impedindo a apropriação singular. Não se trata de abandono da

obra, *res nullius* ou *res derelicta*, suscetível de apropriação singular por simples ocupação.

Ao contrário, a obra sai do domínio privado e entra como valor positivo na comunhão de todos; em comum, todos são titulares do direito de usar e transformar, e, como todos o são, descabem as faculdades de fruir (alugar ou obter regalias) ou de dispor (ou seja, entregar à apropriação singular de terceiro).

No caso das expressões tradicionais registradas como PCI, questiona-se se é possível falar em um domínio público absoluto, pois sequer, em alguns casos, algum dia chegaram a ser obra intelectual sujeita ao direito autoral, ou são obras intelectuais definidas pela LDA. Até porque, como a arte Kusiwa, há expressões que são criações coletivas de sujeitos igualmente coletivos, protegidas enquanto direitos coletivos que não se adaptam à modelagem jurídica da noção de propriedade e titularidade individual, e que demandam do Estado, tal qual os Wajãpi ao IPHAN, uma atenção particular e especial:

[...] existem povos indígenas e culturas vivas cujo ordenamento social é coletivista e holístico. cuja noção de propriedade difere da que sustenta o Estado liberal, e cujas práticas culturais não são casuísticas, mas também sistemáticas: sistemas de justiça, de saúde, de governo, de família. Nesta realidade haveria direitos humanos cuja titularidade individual é insuficiente, inaplicável e, em alguns casos, contraproducente; por exemplo, o de propriedade. O conceito de propriedade individual pode perder sentido em comunidades que não participam desta 'cultura da propriedade individual'. Em todo caso, os valores coletivos de comunidades social e economicamente subalternas seriam negados em esforços altruístas por instaurar direitos cuja titularidade é individual.

É importante aclarar que os direitos coletivos não são privativos de povos e comunidades indígenas, mas têm sido suas políticas reivindicativas que dirigiram impulsionado este novo paradigma dos Direitos Humanos. Grupos, comunidade e povos que se autorreconhecem como histórica e culturalmente diferenciados demandam aos Estados Liberais uma proteção específica de suas identidades e tradições culturais que os direitos

individuais não podem prover ou o fazem de forma insuficiente ou ineficiente¹²⁵ (BRAVO, 2014, p. 379).

A partir da observação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2006, p. 176) sobre o direito coletivo indígena, estende-se enquanto bens jurídicos de povos e comunidades tradicionais o “[...] direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas ao mesmo tempo, ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria a violação de todos”. Nesse mesmo diapasão, Victor Lúcio Pimenta de Faria (2012, p. 83) afirma que é “um direito cuja titularidade pertence aos membros de uma comunidade. Seria um direito indivisível entre seus titulares, pois uma eventual divisão do objeto faria com que todos os titulares do todo continuassem titulares das partes”.

Conclui-se, assim, que os termos da atual legislação autoral brasileira são inadequados, em certos casos, para a proteção de expressões tradicionais coletivas como dos Wajãpi. O conflito envolvendo a arte Kusiwa, sob outra perspectiva, pôs em xeque a atual regulamentação do Registro do PCI, gerando efeitos inicialmente não previstos no Decreto nº 3.551/2000, para além do reconhecimento, da valorização e das obrigações de apoio e fomento à continuidade da expressão. No entanto,

¹²⁵ Tradução livre do original em español “[...] existen pueblos indígenas y culturas vivas cuyo ordenamiento social es colectivista y holístico. Cuya noción de propiedad difiere de la que sustenta el Estado liberal, y cuyas sus prácticas culturales no son casuísticas sino sistémicas: sistemas de justicia, de salud, de gobierno, de familia. En esta realidad habría derechos humanos cuya titularidad individual es insuficiente, inaplicable e, en algunos casos, contraproducente; por ejemplo, el de propiedad. El concepto de propiedad individual poder perder sentido en comunidades que no participan de esta ‘cultura de la propiedad individual’. En tal caso, los valores colectivos de comunidades social y económicamente subalternas serían negados en esfuerzos altruistas por instaurar derechos cuya titularidad es individual. Es importante aclarar que los derechos colectivos no son privativos de pueblos y comunidades indígenas, pero han sido sus políticas reivindicativas los que habrían impulsado este nuevo paradigma de los Derechos Humanos. Grupos, comunidades y pueblos que se auto-reconocen como histórica y culturalmente diferenciados demandan a los Estados Liberales una protección específica de sus identidades y tradiciones culturales que los derechos individuales no pueden proveer o lo hacen de forma insuficiente o ineficiente”.

há quem questione se o mecanismo deveria tratar de direitos intelectuais coletivos:

O registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro não trata disso. E será que deveria? A Arte Kusiwa dos índios Wajãpi do Amapá, Patrimônio Cultural do Brasil devidamente registrado no Livro de Registro das Formas de Expressão, volume primeiro, do IPHAN, não goza de outras prerrogativas além do reconhecimento conferido pelo registro e pela documentação que o referenciou. A arte gráfica Kusiwa [...] possui um padrão gráfico que possibilita inúmeras aplicações no mercado e, no entanto, seu registro não cuida desse acesso por parte de usuários interessados na sua aplicação (FARIA, 2012, p. 119-120).

Sem embargo, a Portaria da Funai nº 177/2006, embora não seja tão conhecida, adiantou-se ao Registro do PCI e à legislação autoral para fixar um parâmetro de proteção especial, ao que denominou de direitos autorais coletivos indígenas e, igualmente, às criações individuais dos índios, assim como também seus direitos da personalidade (imagem principalmente). A portaria, em seus considerandos, se apoia, como fundamentos maiores, na proteção constitucional do patrimônio cultural indígena e das suas formas de organização social, de acordo com os artigos 215 e 231 da Constituição Federal de 1988, nos direitos coletivos de titularidade indígena conferidos pelo Estatuto do Índio, em princípios de isonomia e de justiça diante das oportunidades dadas pela legislação nacional para proteção das criações individuais na LDA a outros segmentos da sociedade brasileira, e no direito à participação e à consulta da Convenção 169 da OIT em atividades que digam respeito a sua integridade, valores, práticas e instituições sociais.

A norma secundária reconhece que o objeto da regulamentação não está protegido a nível legislativo. Por conseguinte, supriria uma lacuna normativa e ofertaria uma interpretação conforme da LDA à realidade dos povos indígenas. Nesse caso, só se aplicaria aos índios. Dentre as razões fáticas para sua edição, a Portaria exprime no mesmo patamar de igualdade o poder de autorização ou de veto dos indígenas sobre a presença de terceiros em seus territórios e a permissão exclusiva sobre a exploração comercial ou divulgação indesejada de suas criações e imagens. Apesar disso, questiona-se sua validade, dentro da hierarquia normativa do direito moderno:

[...] a Funai editou a Portaria nº 177 na tentativa de regulamentar administrativamente a questão. No que diz respeito à hierarquia das fontes legais, a portaria não parece ser o instrumento mais adequado para tratar a matéria, já que o seu conteúdo inova o direito autoral brasileiro como noção do direito autoral coletivo (FARIA, 2012, p. 76).

Ora, ainda que não haja regulamentação legislativa sobre a proteção especial a expressões tradicionais, e se a princípio os povos indígenas têm seu próprio direito costumeiro, são controladores das suas instituições, têm formas particulares de vida protegidas, autorizam ou vetam a entrada em seus territórios e as atividades de terceiros, por que a entidade da Administração Indireta (FUNAI), que lhes presta assistência nas suas relações com outras pessoas de forma a garantir o respeito a suas tradições, não poderia, a seus pedidos e reclames, com base exclusivamente no direito moderno estatal, editar norma para proteger os direitos intelectuais sobre suas criações culturais? É certo que a Portaria é uma solução extremamente precária, porém, no que tange ao controle sobre os usos de expressões tradicionais indígenas integrantes formais do PCI, comparativamente, o Registro é menos eficaz, como se demonstra na violação dos “direitos autorais coletivos” dos Wajãpi (SANTOS, 2013c, p. 61).

A Portaria nº 177/2006 é instrumento útil, ainda que não seja o ideal, e embora de limitada destinação aos povos indígenas, contra apropriações indevidas de expressões tradicionais registradas como PCI. Ela regula as formas de autorização de terceiros interessados em acessar, adquirir ou usar direitos autorais e direitos de imagem, respeitados seus valores depositados sobre as criações artísticas. Não há critérios ou definições para o que a Portaria entende como objeto da proteção, mas se depreende do seu artigo 2º que tanto protegem as obras intelectuais da LDA como as expressões tradicionais (interpretações, grafismos, manifestações), desde que tenham caráter coletivo ou individual indígena.

Portanto, para o regulamento, a obra tanto pode pertencer à autoria da coletividade, detentora da titularidade sobre ela e dos poderes de autorização de uso, como à criação individual. Ressalte-se que a norma trata de deixar expresso que os direitos morais e patrimoniais são reconhecidos para proteção contra abusos de terceiros. Quanto a isso, vê-se que as dimensões em relação aos direitos autorais convencionais são as mesmas: direitos econômicos e de personalidade sobre as obras.

Assim como a LDA, não exige registro da obra ou da expressão, porém recomenda o registro do seu PCI no órgão nacional competente, que na esfera federal é o IPHAN, antes de previamente autorizar ou ceder qualquer tipo de uso sobre suas criações, não impedindo o gozo de seus direitos. Não se faz expressamente a menção ao Decreto nº 3.551/2000, mas se vislumbra o auxílio do Registro do PCI para o reconhecimento. De certa forma, em alteração legislativa futura, o Registro do PCI pode adequar a utilização de seu Banco de Dados para impedir ou alertar terceiros sobre os limites do uso dos bens culturais imateriais registrados.

Em observância ao direito à participação e à consulta, as criações só poderão ser utilizadas para quaisquer fins, difusão cultural (circulação e divulgação) ou comercial (agregamento de valor a um determinado produto, serviço marca ou pessoa jurídica), com a anuência dos titulares. No caso das de caráter coletivo, há necessariamente a celebração de contrato entre os titulares dos direitos autorais coletivos, com auxílio da FUNAI e atendendo aos interesses indígenas, e os interessados, no qual constarão limitações e vetos decorrentes do respeito à vontade coletiva e contrapartidas justas e equânimes, principalmente se os usos tiverem finalidade comercial. A Portaria também adapta o mesmo procedimento à proteção dos direitos patrimoniais e morais da coletividade indígena sobre suas imagens, em particular, conforme o seu artigo 5º, § 1, as manifestações culturais e sociais coletivas. Assim como em relação aos direitos autorais coletivos, o de imagem extrapola a esfera eminentemente individual, desde que afete a moral, os costumes, a ordem social ou a ordem econômica do povo indígena, dependendo de autorização toda captação, uso e reprodução.

Não obstante o avanço frente ao Registro do PCI, quanto a regulação do uso de expressões tradicionais, a Portaria ainda se apoia muito no direito moderno, como a previsão de que os contratos de cessão e autorização de uso tem que observar as formas do Código Civil. Por outro lado, há um empenho em observar os costumes indígenas, como a previsão de que a representação da comunidade sempre será feita de acordo com suas tradições e a tradução dos termos contratuais para suas línguas. De qualquer forma, há ênfase no fato de que quaisquer autorizações têm de ser dadas observado o consentimento livre, consciente e fundamentado, previamente informado na língua de origem e com base em consulta anterior que trabalhe, entre os interessados, os detalhes atinentes aos usos que desejam fazer de suas criações.

Os benefícios econômico-financeiros do contrato, contrapartidas ou indenizações, devem ser revestidos aos titulares, isto é, a toda à coletividade. Se se tratar de povos indígenas de pouco ou recente contato

e coletividades não expressamente definidas, esses recursos são depositados na Renda do Patrimônio Indígena.

A FUNAI, embora interveniente nas negociações de contratos de direitos autorais coletivos e de imagem, apenas pode coletar os materiais de suporte dessas atividades com o consentimento dos indígenas, e armazená-los para fins de registro e acompanhamento em bancos de dados. O único uso permitido das imagens sem expressa autorização é para informação livre e gratuita, respeitados os direitos da personalidade dos povos indígenas. Mesmo os fins de pesquisa, para uso de criações e imagens desses povos originários, devem seguir os procedimentos de consentimento prévio.

Ainda assim, a pedido dos povos indígenas, quando as atividades em desenvolvimento causarem danos ou houver ameaças aos seus territórios, ou em situações epidêmicas, a FUNAI pode suspender a qualquer tempo, sem ônus para si ou para os assistidos, as autorizações concedidas. Evidentemente que, ao Poder Público, cabe coibir abusos sobre usos injustos e comerciais de conhecimentos e expressões culturais, tal qual leciona Sérgio Branco (2012, p. 172) nos quais não haja autorização por parte, por exemplo, de indígenas ou outros detentores do PCI.

Nesse sentido, a Portaria nº 177/2006 da FUNAI é mais ousada na defesa dos direitos intelectuais coletivos dos detentores do PCI do que o Decreto nº 3.551/2000. Ela resgata materialmente os termos das discussões da fundação do mecanismo de reconhecimento ao final dos anos 90. Não se sabe se a notificação extrajudicial emitida à empresa de papéis de parede, no caso dos Wajãpi, continha como fundamento suas prescrições. Contudo, como se trata de adaptação dos direitos autorais à realidade coletiva, e não completamente de regulação especial, além de se assentar em Portaria, é possível que tenha sua validade eventualmente questionada.

Da mesma maneira, não houve penetração da Portaria, nem na doutrina, tampouco no Judiciário. Em particularidades fáticas, o poder Judiciário continua tratando o PCI dos detentores em domínio público. Permanece o questionamento diante da omissão legislativa sobre a proteção de expressões tradicionais, na interrogação do etnomusicólogo Carlo Sandroni (2007, p. 66) dirigida à relação entre domínio público e músicas da cultura popular, mas que se ajusta a todas as formas de expressão do PCI:

[...] será que expressões do chamado ‘domínio público’ não têm, às vezes, autor? Será que às vezes não atribuímos ao domínio público certas

expressões musicais ou outras, pela simples razão de ignorarmos seus autores, e de sermos guiados nesta atribuição pelo senso comum, segundo o qual certas características culturais implicariam necessariamente uma ausência de autoria?

Ver-se-á, antes de se adentrar no caso do Samba do Recôncavo, disputa judicial sobre apropriação de estilos indígenas análogos aos grafismos dos Wajãpi, mas onde as coletividades jamais foram chamadas a opinar ou decidir sobre suas destinações.

4.2.1.2 Jurisprudência: as expressões tradicionais e o domínio público

O falso axioma de que todas as expressões tradicionais do patrimônio cultural imaterial estariam em domínio público é reafirmado pela escassa jurisprudência que as discutem dentro do sistema de direito de autor. Decisão emblemática em Embargos Infringentes Nº 70005218722) no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS¹²⁶, cujo cerne é pedido de indenização contra plágio, dá a exata medida de como os direitos intelectuais coletivos são negligenciados mesmo quando seus aspectos aparecem tangencialmente no trabalho jurídico da prestação jurisdicional.

A *designer* Maria Bernadete Conte moveu ação indenizatória contra a empresa H.Stern acusando-a de plagiar modelos de joias por ela elaborados a partir de pesquisa feita junto a artesanato indígena. Segundo ela, a Coleção Purãngaw da empresa tratava-se de cópia de peças anteriormente apresentadas à ourivesaria em ocasião na qual pretendia conquistar seus interesses e vê-las produzidas, contudo, apesar de ter os modelos devolvidos, a H. Stern armazenou seus tipos em um banco de dados. Curiosamente, anos mais tarde, a autora da ação encontrou joias semelhantes aos seus desenhos sendo comercializadas através do lançamento da referida coleção.

A disputa, que envolveu o auxílio de conhecimento técnico de peritos em artes e matemática, versava em torno da possibilidade de caracterização de plágio, já que o trabalho da *designer* não seria passível de proteção pelo direito de autor, pois a ideia copiada seria de modelos em domínio público, visto que pertenciam ao âmbito da cultura indígena, conforme confirmado pela autora.

¹²⁶ Esta jurisprudência é também objeto de atenção de Edson Beas (2010, p. 65-67) e Lucas Lixinski (2013, p. 146).

A *designer* alegava que sua criação era original, obra derivada de pesquisa junto a modelos de muiraquitãs das etnias “wai-wai”, “arumã i”, “krixaná”, “karajá i”, “maiongong”, “asurini”, “apaial”, desenvolvida por outros ourives e já postas anteriormente em exposição. Por outro lado, a H. Stern alegou, em sua defesa, que as peças de sua coleção também eram igualmente inspiradas no domínio público das criações artísticas das tribos “ashaninka”, “kadiwéu”, “caiapó”, “boroó”, “nahukuá”, “kaigang” e “ramkokamekra-canela”, “tukano”, “carajás”. Por isso, existiriam semelhanças entre os estilos das duas criações, mas que não se tratava o objeto da querela passível de proteção na esfera do direito de autor. A demandante teve seu pleito atendido em primeira instância cujo palco final de controvérsias dividiu a Décima Câmara Cível do TJRS.

A polêmica entre os desembargadores, em verdade, centrava-se na questão se os modelos da *designer* foram copiados (contrafação) ou plagiados pela H. Stern. Assim, os magistrados concentraram-se em fundamentar seus votos na originalidade da obra da autora ou na originalidade de ambas as coleções para excluir a hipótese do plágio e/ou da contrafação. No entanto, o curioso é que ambas as posições divergentes, inclusive a manifesta no laudo pericial integrante dos autos, admitem, de maneira consensual e inquestionável, que os modelos das querelantes se baseariam em cultura indígena em domínio público.

Vê-se pela conclusão da relatora vencida, Desembargadora Mara Larsen Chechi (TJRS, 2004, p. 12), aceitando os argumentos da empresa, que as obras em questão poderiam ter se baseado nesse acervo comum, sem qualquer limitação de ordem jurídica:

[...] ambas as partes acessaram um acervo de domínio público para a criação de suas coleções de jóias, também tanto a autora como a ré se valeram da estrutura da arte indígena e desenvolveram o tema em estilos diferentes, produzindo resultados finais estéticos também diferentes, sem nenhuma identidade de estruturação na escolha dos referenciais. E, como cediço, o aproveitamento de ideia preexistente no acervo cultural comum não caracteriza nenhum ilícito. A originalidade do processo criativo de cada uma das obras (da autora e da ré) exclui hipótese de cópia, plágio ou obra derivada.

Seguindo o voto da relatora, o desembargador revisor Luis Augusto Coelho (TJRS, 2004, p. 14), frisa e concorda com o parecer do perito de que “no máximo [houve] a inspiração em ideia de domínio

público.” Outro desembargador que os acompanhou, Paulo Kretzmann (TJRS, 2004, p. 18), convenceu-se “[...] em virtude de que a temática dos indígenas brasileiros constitui patrimônio de domínio público”.

Os desembargadores vencedores seguem a mesma linha de argumentação acerca do domínio público, prevalecendo, *in casu*, a originalidade dos desenhos das joias da autora e o grau de similitude com que a H. Stern elaborou sua coleção para configuração de plágio. O desembargador Luiz Ary Vessini de Lima (TJRS, 2004, p. 18) afirmou que:

[...] embora a temática indígena seja do folclore, seja do uso comum, a verdade é que, neste caso, houve um projeto, uma obra elaborada por um artista, esta obra foi entregue a um estabelecimento de grande poderio econômico e financeiro, e, algum tempo depois, este grande estabelecimento colocou uma coleção no comércio que apresenta, inegavelmente, coincidências que permitem a conclusão da ocorrência de plágio, não de contrafação, mas de plágio.

Desse mesmo modo, o terceiro Vice-Presidente, desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha (TJRS, 2004, p. 24), afastou a contrafação, mas reconheceu o direito à indenização à *designer*, pois, no seu voto de desempate, entendeu que:

Não houve, é certo, reprodução das linhas características dos desenhos da autora, mas o plágio, isto é, a utilização indevida de sua ideia já enformada e a comercialização das joias produzidas com base nessa ideia, que no ato da apresentação da proposta não interessava à embargante, restou indubitosa.

Assim, para os magistrados, tanto ela quanto a empresa, em tese, poderiam se apropriar de elementos das expressões culturais de determinada etnia sem quaisquer limitações. Somente a obra derivada desses artefatos, fruto da individualidade original de *designer* de joias e outros criadores, mereceria proteção jurídica a ponto de responsabilizar civilmente empresa de ourivesaria por plágio de ideia nela contida.

Como considerou que a arte indígena é de domínio público, a decisão não adentra nos direitos dos povos originários em questão de serem consultados sobre o uso de peças de seu artesanato em joias derivadas de suas representações e fora de seu contexto usual, seja pela

designer de joias, seja pela empresa H. Stern. Assim também, como afirmado pela autora da ação indenizatória, as joias se tratavam de derivações de expressões do patrimônio imaterial referentes a etnias identificáveis, resultado de pesquisa; portanto, a consulta deveria envolver, necessariamente, autorização, consentimento prévio, sobre os usos das obras derivadas, e a possibilidade de comercialização na forma de adornos preciosos.

Então,, original ou não, no mínimo a autora admite que era obra derivada, portanto tinha origem no seu modelo inspirado. Em ambos os casos, já que houve a constatação, apertada com o voto de desempate do terceiro Vice-Presidente do TJRS, se o uso comercial fosse permitido, ainda assim, teria de se estabelecer a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos do emprego econômico com as tribos das etnias identificadas, repete-se, tanto pela projetista dos modelos, quanto pela empresa de ourivesaria. Em não havendo a consulta e constatada a apropriação indevida, no mínimo, caberia a responsabilização civil de ambas para efeitos indenizatórios.

Assim, como no caso dos Wajãpi, fica patente que os mecanismos de reconhecimento e identificação, tal qual o Registro do PCI e o INRC, podem funcionar contra explorações ilícitas, na medida em que as informações que produzem sobre os bens culturais imateriais podem subsidiar a análise e a decisão de magistrados em circunstâncias como essas acima. O banco de dados do IPHAN, com os atos declaratórios de expressões e saberes pelo Registro do PCI, constante em seu sítio eletrônico, poderia ter a função legal, inclusive a ser empregada por autarquias como o INPI, de impedir apropriações de expressões e conhecimentos registrados sem consentimento prévio dos detentores ou informação da própria Autarquia Federal de proteção do PC.

Além da disputa em torno da utilização dos grafismos dos Wajãpi, tem-se a problemática da repatriação de acervos do Samba do Recôncavo, no Livro das Formas de Expressão.

4.2.2 O caso do Samba de Roda do Recôncavo e a repatriação de acervos

Dentre os primeiros bens imateriais registrados, juntamente com a arte Kusiwa dos Wajãpi, o Samba do Recôncavo fez parte da Lista das Obras Primas do Patrimônio Oral e Imaterial da Humanidade da UNESCO, até finalmente integrar a Lista Representativa do PCI da Humanidade, com a absorção da primeira listagem pela Convenção de

Salvaguarda da UNESCO de 2003. O Samba de Roda é expressão cultural tradicional, cuja transmissão ancestral é realizada desde a chegada dos africanos escravizados à região do Recôncavo, sendo dançado, tocado e cantado, nos dias atuais, na mesma área no Estado da Bahia, mesclado com outras tradições, crenças e jogos afrodescendentes, como culinária a base do azeite, o candomblé, a capoeira. Do colonizador, incorporou a linguagem poética e instrumentos musicais tal qual a viola, chegando os praticantes a produzirem variantes como a viola-machete, cujo saber-fazer está ameaçado de desaparecer e a presença do instrumento nas rodas é, portanto, cada vez mais rara.

Ao longo do processo administrativo de Registro do Samba de Roda do Recôncavo, não há indícios expressos de reivindicação dos detentores de direitos intelectuais coletivos sobre a forma de expressão frente a apropriações indevidas de terceiros. Assim, também, o caso que se apresentou durante a salvaguarda diz respeito muito mais à repatriação de acervos dos sambadores que diretamente a direitos autorais ou a outro mecanismo da propriedade intelectual, ainda que esta demanda esteja presente na proposta de candidatura à antiga Lista da UNESCO de Obras Primas e nas ações de salvaguarda (ALENCAR, 2010, p. 94; IPHAN, 2006d), o está apenas a título de solicitação de apoio para oficinas de orientação sobre direitos de autor. Portanto, dada a hibridez, o caso não se encontra na proposta de classificação do quadro 04.

Porém, assim como detentores de outras expressões e conhecimentos tradicionais registrados, os sambadores nutriram, com o Registro do PCI, a esperança de que o ato declaratório pudesse ser usado como certificador de direitos e benefícios a serem exigidos do Estado, mormente do IPHAN (ALENCAR, 2010, p. 143). Não obstante, a menção que se faz a direitos intelectuais, na fase decisória do processo do Samba do Recôncavo, é apenas para ratificar a posição inicial do IPHAN de que o mecanismo não produziria efeitos constitutivos para essa finalidade. Consta no Parecer do Conselho Consultivo (IPHAN, 2004b, v. I, p. 105):

O principal argumento apresentado – o fato de o samba de roda baiano estar na origem do samba carioca, o que é comprovado por várias fontes históricas citadas – vem ao encontro do requisito de ‘continuidade histórica’ mencionado no parágrafo 2º do artigo 10 do decreto 3.551/2000. Além disso, esse fato é pouquíssimo conhecido pela grande maioria dos brasileiros, e, sem medo de incorrer em exagero, poderíamos dizer que é quase uma questão de justiça tomar pública essa

informação e conferir a essa manifestação o devido reconhecimento enquanto patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido - e, no meu entender, muito mais apropriadamente do que no caso de um eventual registro do 'samba' - a outorga do Registro ao samba de roda do Recôncavo baiano viria cumprir uma das principais motivações para a criação desse instituto legal: propiciar o desenvolvimento de uma política de patrimônio cultural mais inclusiva e mais representativa da diversidade cultural brasileira, privilegiando aquelas manifestações que, embora apresentem 'relevância nacional para a memória, a identidade para formação da sociedade brasileira' (art. 1º. par. 2º. do decreto 3.551/2000), não gozam de reconhecimento nem de valorização por parte da sociedade (o que considero a forma mais eficiente de salvaguarda), nem dos benefícios da proteção via direitos legalmente regulamentados (como o direito de autor, de propriedade intelectual, de patente, etc.).

Para suprir essa deficiência, na linha de ação da promoção do Plano de Salvaguarda, o IPHAN relata que, para atender às aspirações dos sambadores e suas comunidades, é necessário empreender ações de difusão em que se estabeleça o controle dos detentores, assim também como que "sejam resguardados os direitos intelectuais individuais e coletivos dos sambadores sobre todos os aspectos de seu patrimônio imaterial que forem objeto de difusão" (IPHAN, 2006d, p. 89). Todavia, investiu-se, nas etapas de execução do Plano, em ações voltadas à pesquisa, à documentação e à constituição de acervos, tais quais publicações de livros, gravação de CDs e de vídeos sobre as rodas de samba (IPHAN, 2006d, p. 93).

Essas formas de documentação para os sambadores constituem-se em elos entre a prática da expressão no presente, representando sua valorização, e o passado, não só como reminiscências memoriais, mas estímulos à continuidade, transmissão e até mesmo comparação com o samba praticado por seus ancestrais. Por isso, compreendem que possuem direito de acesso aos acervos constituídos com imagens, gravações, sons, registros musicais e de seus antepassados, quando não se põem na posição de titulares guardiões da expressão. Durante a política de salvaguarda, segundo Rívia Alencar (2010, p. 263), os sambadores solicitaram diversas vezes o retorno dos documentos, gravações e imagens gerados pelas

pesquisas para o Registro do PCI e pelas demais encetadas nas próprias ações de apoio e fomento.

Por essa razão, o IPHAN procurou obter, dos dois principais pesquisadores do Samba de Roda do Recôncavo, cópia de seus acervos. Segundo Rívia Alencar (2010, p. 264 e ss.), durante a inauguração da Casa do Samba, em 2007, Centro de Referência Cultural cuja implantação estava prevista nas ações do Plano de Salvaguarda, o IPHAN, por meio do DPI, procurou um dos pesquisadores para aquisição do acervo que se encontrava em Universidade Norte-Americana. Inicialmente, o pesquisador se prontificou a digitalizar seu acervo com a tutela da instituição de ensino, desde que as versões originais dos registros ficassem na Universidade e a ele fosse garantido o direito de distribuição.

Porém, tal tratativa não se concretizou, e o IPHAN voltar a apresentar proposta de aquisição atendendo às demandas contínuas dos sambadores. Ao fim, para a exposição inaugural da Casa do Samba, o pesquisador doou material audiovisual, comprometendo-se a entregar o restante posteriormente. De toda forma, a doação total não ocorreu, e o pesquisador continuou o processo de digitalização por conta própria. De acordo com o trabalho de Rívia Alencar (2010, p. 265), posteriormente, o pesquisador propôs a doação condicionada de acervo sonoro, que, segundo ele, estaria sob a proteção do *copyright* estadunidense. Segundo suas condições, o acervo só poderia acessado na própria Casa do Samba e quaisquer cópias só poderiam ser feitas com sua autorização.

Ainda que excluísse diretamente o direito dos detentores sobre suas imagens, sons e gravações de rodas, o IPHAN manifestou concordância com seus termos e insistiu no financiamento da digitalização e copiagem do material. Até onde se sabe, a doação nunca se concretizou. Por outro lado, este não foi o único problema enfrentado pelo IPHAN com acervos do Samba do Recôncavo. Se, neste caso, simplesmente houve interrupção da negociação de entrega de material que iria se reverter em benefício da memória dos sambadores, em outro houve rompimento contratual entre o IPHAN e etnomusicólogo que fora contratado para copiagem, catalogação, identificação, digitalização e produção de metadados para o acervo sonoro do Recôncavo Baiano (IPHAN, 2008c).

Tal como o pesquisador anterior, o especialista contratado já tinha produzido vasto acervo sobre o Samba de Roda, chegando a negociar os termos da cessão e dos usos os quais o IPHAN e a Casa do Samba poderiam fazer do material, que incluía vídeos, fonogramas e imagens. Em uma gestão compartilhada da Salvaguarda, o IPHAN consultou a Associação dos Sambadores e Sambadeiras do Estado da Bahia para

decisão acerca de uso de recursos vultosos para contratação, pois aos detentores cabe definir as prioridades da sua utilização diante do financiamento de outras ações igualmente relevantes. Os serviços incluíam apenas a organização dos dados, mas a associação decidiu por requerer ao IPHAN a aquisição do acervo e que pactuasse a entrega de cópias dos materiais aos sambadores retratados em quaisquer dos materiais (ALENCAR, 2010, p. 266).

Ao fim e ao cabo, em 2008, o pesquisador foi contratado, assinando Termo de Cessão de Direitos Autorais Patrimoniais em que declara ser o único autor e proprietário das obras intelectuais produzidos, demonstrando legitimidade jurídica para realizar ao IPHAN a cessão do material, bem como que sobre ele não recaia qualquer proibição ou impedimento para ceder os direitos de utilização, reprodução, publicação e divulgação do acervo cedido (IPHAN, 2008c). Porém, após o prazo da execução dos serviços, não houve a entrega do acervo na sua totalidade, pois o etnomusicólogo alegou que não havia requerido autorização aos detentores da expressão para realizar gravações em sua posse, e que poderia sofrer responsabilizações na esfera cível pelos próprios sambadores ou por seus sucessores, no que atine ao material audiovisual antigo (ALENCAR, 2010, p. 267). Na esfera administrativa, a Autarquia Federal rescindiu o contrato, o que ensejou a aplicação de sanções pecuniárias¹²⁷.

Se, por um lado, a expectativa dos sambadores sobre os efeitos constitutivos do Registro do PCI orientou a ação de salvaguarda na aplicação de recursos para efetivar o direito de acesso ao seu patrimônio cultural e o respeito aos seus direitos da personalidade, documentado por terceiros pesquisadores, de outro, não foi suficiente para que garantisse a posse e o domínio do material sob sua chancela. A escusa do pesquisador para a não entrega, ou seja, o respeito ao direito ao consentimento prévio dos detentores documentados, poderia ter sido resolvido mediante o contato direto que havia estabelecido com as próprias comunidades de

¹²⁷ Não se sabe ao certo o desfecho final da situação, até o fechamento desta tese. Em consulta ao processo de contratação dos serviços no sistema de busca de processos administrativos do IPHAN, consta que se encontra ainda em trâmite (IPHAN, 2008c). Diante disso, o que importa no relato do caso é constatar que apesar da crença de que o Registro lhes conferiam direito de acesso a materiais produzidos a partir da vivência cotidiana da expressão, onde estão retratados, e que o contrato mediava a cessão de acervo, os sambadores não obtiveram sucesso como os povos indígenas de Iaurê na repatriação de seus objetos simbólicos.

sambadores do Recôncavo, ou através do Centro de Referência Cultural da Casa do Samba, mediante mobilização informada e consulta dos interessados (ALENCAR, 2010, p. 268).

Decerto, à época da rescisão, ainda não estava em vigência a IN nº 01/2009 do INRC. Acredita-se que esse e outros problemas de repatriação de acervos tenham inspirado o IPHAN a obrigar o pesquisador autorizado a utilizar a metodologia do Inventário Nacional de Referências Culturais, a enviar os resultados de seus trabalhos tanto à Autarquia como às comunidades e grupos objetos da inventariação. Além disso, há a necessidade de autorização para divulgação de quaisquer desses produtos. Por enquanto, a obrigação aparentemente se volta ao uso do INRC, mas como povos, grupos e comunidades tradicionais, registrados com seus bens imateriais, têm o direito à consulta e ao consentimento, livre, prévio e informado sobre ações que afetem seu patrimônio cultural, deve-se observar a exigência da anuência previamente informada na aplicação de quaisquer mecanismos de salvaguarda do PCI, seja de Identificação, Reconhecimento, Apoio ou Fomento. A Portaria da FUNAI nº 177/2006, apesar de se aplicar somente aos povos indígenas, fornece bases para proteção de direitos de imagens dessas coletividades, bem como de suas manifestações culturais, exigindo autorização expressa das comunidades ou dos retratados.

Diferentemente do caso dos Wajãpi, neste episódio da salvaguarda do Samba do Recôncavo, o Registro não foi capaz de resguardar os direitos culturais coletivos dos sambadores sobre seu acervo, gravações, imagens e sonorização que registravam músicas, danças, coreografias, letras e cantos de sua autoria, bem como fixavam suas imagens e suas manifestações. Nesse sentido, a atuação do IPHAN, nos limites do relato do caso, foi de amparar e defender o direito de acesso aos sambadores e o erário público. Todavia, vislumbra-se a necessidade de alteração legal do Decreto nº 3.551/2000 para regular situações que envolvam repatriação de acervos intelectuais e simbólicos dos detentores de posse de terceiros. Isso porque o caso

[...] traz à baila questões ligadas aos direitos culturais, à repatriação de acervos e acesso dos detentores aos documentos relativos ao seu patrimônio, sobre a ética na pesquisa e os limites do registro na garantia de direitos dos detentores do bem cultural sobre seu patrimônio (VIANNA et. al., 2011a, p.45).

Após o diagnóstico dos casos referentes às disputas sobre os efeitos do Registro para reconhecimento de direitos intelectuais no Livro das Formas de Expressão, analisar-se-á os demais acerca dos bens selecionados registrados no Livro dos Saberes.

4.3 As disputas no Livro dos Saberes

No Livro dos Saberes, dentro da amostragem selecionada para a tese, a arena de conflitos centrados em apropriações indevidas de conhecimentos tradicionais registrados como PCI é bem maior do que no Livro das Expressões. Aqui, demonstra-se que os usos positivo e defensivo do PCI, mesmo antes e durante o Registro, são ferramentas eficazes contra usos abusivos dos bens culturais imateriais por parte de terceiros, quando se utilizam dos instrumentos convencionais da propriedade intelectual para tentar monopolizar o uso exclusivo do patrimônio cultural, ou se aproveitar de sua notoriedade e visibilidade para agregar valor a marcas ou produtos por eles já explorados comercialmente em detrimento dos detentores.

Ao invés disso, apesar da tomada de consciência legal dos detentores de alguns modos de saber-fazer via Registro do PCI, diante do esclarecimento de seus *efeitos imediatos explícitos declaratórios* e do receio da ineficácia para proteção de seus direitos intelectuais coletivos e produtos resultantes do seu *savoir-faire*, comunidades e grupos tradicionais optaram pela sobreposição do mecanismo de reconhecimento com instrumentos da PI, tais quais as indicações geográficas e marcas coletivas.

Por essas razões, dividiu-se a análise deste tópico entre a verificação preliminar dos casos conflituosos de reivindicação de direitos intelectuais coletivos, uso positivo e defensivo do PCI contra apropriação indevida, e os casos de usos de antropofagia da propriedade intelectual pelos bens imateriais registrados.

4.3.1 A propriedade intelectual contra o patrimônio cultural imaterial: o caso da Viola-de-Cocho

A proteção do modo de fazer a viola-de-cocho requerida pelas comunidades artesãs dos Estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul e de musicistas dos estilos tradicionais do cururu e siriri ao IPHAN, por meio do tombamento, na segunda metade da década de 1990 do século passado, foi o fato social que impulsionou a criação de um

instrumento jurídico adequado à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial no Brasil, *in casu*, o próprio Registro do PCI. O requerimento na esfera federal deu-se como estratégia de grupos sociais tradicionais, músicos e dançarinos dos estilos para obter proteção de seus direitos coletivos sobre o saber-fazer, diante de um pedido de registro de Marca no INPI, no ano de 1996, por um etnomusicólogo (DIANOVSKY, 2013, p. 26).

Na época, o IPHAN negou o pedido, pois o tombamento era adequado somente à proteção de bens materiais, móveis e imóveis. O Registro desse saber como bem cultural imaterial brasileiro veio, anos depois, quando, para se defender de apropriação indevida de terceiro mediante uso de instrumento da propriedade intelectual, grupos tradicionais, com apoio de organizações da sociedade civil, incorporaram a ideia positiva da existência de direitos intelectuais coletivos associados ao patrimônio cultural imaterial. A mobilização social contra uso exclusivo individualizado de marca que alcançava o nominativo viola-de-cocho dispôs de estratégias jurídicas através do instrumento de proteção do patrimônio cultural até então disponível, o tombamento, e acelerou as tratativas do IPHAN para se pensar a criação do que viria a ser o Registro do PCI.

Embora este fato seja apenas relatado no processo administrativo do Registro do PCI, ele foi determinante para que o CNFCP auxiliasse o embargo do registro de Marca, através de pesquisas que justificaram posteriormente o reconhecimento e a valorização do saber (IPHAN, 2004c, p. 215; VIANNA et. al., 2011a, p. 61), advertindo sobre os riscos do fim da matéria-prima da viola, do desaparecimento do próprio saber e da inserção de modelos do instrumento musical no mercado de artesanato fora do seu contexto simbólico (IPHAN, 2004c, p. 98).

Apesar da importância da disputa em torno da apropriação do modo de fazer a viola-de-cocho via registro de Marca, o pedido de reconhecimento por meio do Registro do PCI apresentava essas motivações dissociadas expressamente do caso, referendando a pesquisa do Centro Nacional de Folclore e Cultura Popular, realizada com o emprego da metodologia do INRC, com a anuência de mais de cinquenta declarações de mestres-artesãos instrumentistas detentores do saber e abaixo-assinado de representantes de grupos praticantes do cururu e do siriri.

O Anexo I do processo administrativo do Registro da viola (IPHAN, 2004c) documenta e detalha o caso de apropriação indevida. Um etnomusicólogo, sócio da empresa Viola-de-Cocho Produção Artística LTDA, requereu ao INPI (1996) o registro de marca mista que continha

o nominativo Viola-de-Cocho com exclusividade para serviços de ensino e de educação de qualquer natureza e grau, diversão, sorteio, jogo, organização de espetáculos em geral, de congresso e de feira e outros serviços prestados sem finalidade lucrativa, serviços de diversão, entretenimento e auxiliares, serviços de organização de feira, exposição, congresso, espetáculo artístico, desportivo e cultural e serviços de caráter desportivo, recreativo, social e cultural, sem finalidade lucrativa.

Diante da preocupação com a impossibilidade de não poder mais fazer uso do nome em eventos ou ter que pedir autorização de uso, por meio de contratos e pagamento de remunerações ao empresário, violeiros, músicos e outras organizações da sociedade civil de natureza cultural, no Fórum Cultural Viola-de-Cocho de Mato Grosso, promoveram ampla mobilização conta o pedido. No INPI, a Presidenta da Fundação Vale do Sol ingressou com impugnação ao Registro da Marca, com apoio da Associação Folclórica de Mato Grosso, Museus de Arte e Cultura Popular.

Como estratégia para fundamentação da impugnação, acompanhado de ampla mobilização popular para impedir o registro de Marca no INPI, anteriormente, os violeiros requisitaram no Estado do Mato Grosso o tombamento estadual da viola-de-cocho. O que não ocorreu na esfera federal depois, aconteceu antes no âmbito estadual, pois o bem, não obstante a inadequação do mecanismo, foi tombado pela Lei Estadual nº 6.772, 10 de junho de 1996. Em Mato Grosso do Sul, também houve tombamento, decorrente de projeto de valorização do modo de saber fazer que envolveu instituições universitárias, governo federal, empresas públicas e instituições locais. (IPHAN, 2004c, p. 99)

Com o tombamento deste patrimônio imaterial na esfera estadual, a impugnação dos violeiros no INPI argumentou, em face do artigo 59 do antigo Código de Propriedade Industrial, que se tinha o receio de que os grupos tradicionais e os músicos não pudessem mais utilizar o nominativo viola-de-cocho, pois o direito marcário garantiria, ao proprietário do sinal distintivo, seu uso exclusivo em todo território nacional para distinção de seus produtos, mercadorias e serviços de outros semelhantes na atividade requerida. Seguindo essa orientação, a “monumentalidade deste PCI”, comprovada pelo tombamento estadual, era proibição absoluta, prevista pelo direito marcário, ou seja, o signo não seria registrável por estar legalmente entre as vedações do Código de Propriedade Industrial que protegiam direitos e interesses transindividuais e o interesse público (OLIVEIRA, 2004, p. 25). Existia o dispositivo do artigo 65, inciso I, que excluía monumentos da abrangência do direito marcário – hoje correspondente ao artigo 124, inciso I, da LPI, que dispõe que não são

registráveis “brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais, públicos, nacionais, estrangeiros ou internacionais, bem como a respectiva designação, figura ou imitação”.

Além disso, tais quais os detentores, hoje em dia, solicitam ao IPHAN providências para defesa de seus direitos associados ao PCI, a Associação Folclórica de Mato Grosso pressionou a Secretaria de Cultura para que se manifestasse no processo de Registro de Marca. Ao processo no INPI (1996), foram juntados moção de repúdio, assinada Ganzá – Associação Diamantinense de Cultura, Associação Folclórica de Rosário Oeste, Associação Folclórica de Alto Paraguai, Grupo Musical Semente da Terra, Grupo Musical Som da Terra, e vários ofícios da Vanguarda Nativista, do Grupo Musical Sarã e da Coordenação do Curso de Educação Artística da Universidade de Cuiabá endossando a impugnação com o argumento de que a viola não poderia ser privilégio individual e exclusivo de terceiro estranho às tradições do seu fazer, mas “bem subjetivo” de quem transmite e cultua a tradição do cururu e do siriri, isto é, tocadores e suas famílias a quem são transmitidas o ofício.

Diante da mobilização e da pressão dos detentores, mesmo infrutífero o tombamento na esfera federal, em 1998, o pedido de marca foi indeferido por erro material, ou seja, a marca não possuiria suficientemente cunho distintivo fazendo uso de nome comum, de acordo com o que dispõe art.124, inciso VI (proibição absoluta) da Lei de Propriedade Industrial (INPI, 1996; IPHAN, 2009a, p. 75). Porém, após recurso da empresa interessada, o INPI concedeu a marca somente quanto ao seu aspecto figurativo, excluindo o elemento nominativo, por suposto em face das reivindicações dos violeiros e das entidades de proteção do patrimônio cultural.

Mesmo impulsionado por este fato e meio a legislações de proteção da propriedade intelectual na esfera individual, os elaboradores do Decreto nº 3.551/2000 optaram por excluir das suas normas dispositivos de proteção de direitos intelectuais coletivos (DIANOVSKY, 2013, p. 28). Nessa perspectiva, abriram-se as portas para apropriações individuais de patrimônios imateriais coletivos, bem como para que se sustentasse, durante logo tempo, que os efeitos do Registro do PCI seriam apenas declaratórios, com o reconhecimento do bem e a criação de obrigações do Estado para dar suporte logístico, financeiro e humano para sua continuidade. Assim, não se surpreende com a conceituação do mecanismo, presente no processo administrativo do Registro da viola-de-cocho, anos depois do episódio, como “uma ação complementar ao esforço já empreendido de recolher, sistematizar, proteger e salvaguardar

conhecimentos tradicionais testemunhos significativos da pluralidade cultural da nação” (IPHAN, 2004c, p. 99).

Durante o processo do Registro da viola, na fase final da instrução técnica, ainda que o parecer do DPI constatasse os usos dissociados e descontextualizados dos interesses das comunidades detentoras dos saberes (IPHAN, 2004c, p. 164), fez-se questão de frisar advertência de que o Registro não criava, conferia ou reconhecia direitos, tampouco se igualava a mecanismos da propriedade intelectual:

O Registro não corresponde a uma patente de origem, nem visa atestar a autenticidade de um bem cultural. Por se referir a bens de natureza imaterial em sua dinâmica, ‘vivos’ portanto, o Registro não pretende sua ‘cristalização’, no tempo ou no espaço; pelo contrário, aceita e incorpora as atualizações que venham ocorrendo sejam elas de forma e/ou conteúdo.

No processo de Registro se reconhece, destaca, descreve, referência e, finalmente, se titula determinado bem cultural como de todos os brasileiros. Não é um procedimento de caráter excludente, pelo contrário, é inclusivo na medida em que favorece a que outros brasileiros nele se reconheçam e com ele se identifiquem.

[...] Por todo o exposto e, considerando que:

2. a titulação de Patrimônio Cultural Imaterial brasileiro não outorga título de propriedade, originalidade ou exclusividade às comunidades de praticantes ou detentoras desse determinado bem cultural (IPHAN, 2004c, p. 207).

O parecer considera somente a criação de um direito difuso de toda sociedade ao patrimônio cultural por meio da titulação, mas nega o mesmo *status* jurídico de sujeito de direito a quem detém o saber registrado, o transmite e é (se sente) responsável por suas formas de produção e reprodução. De fato, não cria obrigações aos detentores, mas restringe o ato de reconhecimento ao aspecto da valorização e visibilidade, negando o alcance redistributivo de direitos e garantias materiais que, se protegidos e declarados, só fortalecem a salvaguarda do PCI.

Porém, isso não foi suficiente para afastar as interpretações particulares que os detentores fizeram do Registro do PCI. No entanto, a tentativa de apropriação individual do pesquisador ensejou interesses exclusivistas em parte dos grupos sociais tradicionais no uso do

mecanismo. Após o Registro, Associação Folclórica de Mato Grosso, considerando o caso do INPI, o tombamento estadual, a territorialidade, reivindicou em pedido de reconsideração que o patrimônio cultural imaterial reconhecido se restringisse ao Estado do Mato Grosso (IPHAN, 2004c, p. 196-197), imaginando que o instrumento se assemelharia a indicações geográficas. Em resposta, o IPHAN esclareceu que o saber não limitava a um contexto geográfico específico, podendo ser encontrado nos dois Estados mato grossenses. Além disso, apoiou-se no critério da relevância nacional para afastar a oposição da associação, reafirmando o caráter de patrimônio cultural brasileiro do *savoir-faire*, e não somente estadual.

Quanto ao conflito envolvendo os grupos tradicionais de violeiros e a empresa, quanto ao Registro de Marca, no processo do Registro, não chegou a ser suficiente para modificar a interpretação do IPHAN sobre os efeitos do mecanismo. Assim, também, a questão não foi problematizada a esse ponto, como se depreende do parecer do DPI. Na fase decisória, o Conselho Consultivo ratificou o parecer do relator que resume o litígio:

Em meio à permanente ameaça de diluição dos significados das expressões tradicionais frente às novas demandas colocadas pela cultura de massa, as rodas tradicionais continuam acontecendo, e a viola-de-cocho, amplamente conhecida e reconhecida, foi tombada como patrimônio nos dois estados da federação, o que reafirma seu papel de símbolo de identidade cultural. A recente constituição da figura do registro patrimonial de bens culturais de natureza imaterial no âmbito do Estado instituiu, então, novos mecanismos de salvaguarda para o sistema cultural que compreende o instrumento. Em Mato Grosso, o processo de tombamento foi deflagrado com reação a uma solicitação provisória de registro da marca “viola-de-cocho” junto ao Inpi, por um estudioso de música de Cuiabá, na década de 1990. Após ampla mobilização e protesto por parte dos setores ligados à cultura local, a solicitação foi indeferida, e o bem, em seguida, tombado. Em Mato Grosso do Sul o tombamento veio como consequência de um projeto de fomento e valorização da tradição artesanal e musical que estava invisível no estado. (IPHAN, 2009a, p. 71)

O conflito envolvendo a tentativa de apropriação individual da viola-de-cocho por um estudioso da música demonstra que não apenas se socorre do Registro para interromper iniciativas dessa natureza, mas dos mecanismos de proteção do patrimônio cultural à disposição dos detentores dos saberes, de acordo com a estratégia dos atores sociais mobilizados para garantir a continuidade de seu modo de saber-fazer de forma coletiva, ampla e participativa. Igualmente, esses instrumentos jurídicos não foram os únicos acionados para impugnar o registro de marca no INPI tentado pelo musicólogo; os interessados lançaram mão de procedimentos da própria autarquia para requisitar o indeferimento do pedido com base nas limitações do direito marcário previstas na Lei de Propriedade Industrial.

Os conflitos entre salvaguarda do PCI e a propriedade intelectual, mormente com o direito marcário e seus direitos conexos, têm ganhado proporções. É frequente o pedido de registro de marcas nominativas com nomes sagrados de povos indígenas e comunidades tradicionais. De outro modo, há litígios similares que protagonizam a preocupação na apropriação privada de manifestações culturais, tal qual o registro do nome de domínio “Bonecos Gigantes de Olinda”, em caso no qual se imaginava que o registro da “marca” traria limitações ao tradicional desfile dos gigantes no carnaval de Olinda, patrimônio imaterial pernambucano. Como visto no caso da viola-de-cocho, apesar da apreensão de foliões e dos organizadores da festa e de não se tratar de marca, a LPI têm regras absolutas de proibição de registro de signos de natureza pública, tais quais manifestações culturais populares. Em síntese conclusiva, Gonzaga Adolfo e Aline Leal (2011) defendem, semelhantemente aos violeiros, que expressões culturais tradicionais não poderiam ser registráveis pelo direito marcário e dos nomes de domínio para atender interesses econômicos de terceiros, pugnando pela atuação dos órgãos de proteção do PC:

Embora preserve o evento e, conseqüentemente, os elementos que o compõem (dentre eles, os bonecos gigantes), a legislação não define, especificamente, o que o caracteriza. Isso porque a cultura é um processo dinâmico e vivo, sendo, possivelmente, inviável torná-lo estanque a padrões imutáveis – na contramão, estar-se-ia impedindo o desenvolvimento da própria cultura. *A priori*, portanto, não há impedimento ao desfile de bonecos realizado de forma paralela, observadas as condições e restrições municipais e estaduais cabíveis ao evento.

Por outro lado, a Lei de Propriedade Industrial impede o registro de marca alusiva à manifestação cultural (como se pode depreender da leitura de seu artigo 124, inciso XIII: nome, prêmio ou símbolo de evento esportivo, artístico, cultural, social, político, econômico ou técnico, oficial ou oficialmente reconhecido, bem como a imitação suscetível de criar confusão, salvo quando autorizados pela autoridade competente ou entidade promotora do evento). No caso em questão, não houve o registro de marca, mas de nome de domínio relacionado a evento cultural. Trata-se de institutos diversos, mas estreitamente correlacionados nestes tempos de acesso global à Internet. Por isso, a legislação aplicável garante ao detentor do registro da marca, também, o registro do respectivo nome de domínio. Tal nome de domínio estaria, nessa perspectiva, entre aqueles direitos que podem ser chamados de conexos ao direito de propriedade intelectual, ou, mais propriamente, afins ao Direito Marcário. Embora, ao digitar-se determinado endereço, esteja-se, na verdade, acessando aqueles dados, isso ocorre, em última análise, a partir da consagração de determinado nome, seja civil empresarial, ou de evento cultural.

Neste caso, trata-se de evento cultural tradicional cujo registro de marca não foi feito – até porque, em princípio, é inviável, considerando-se o impedimento posto pelo artigo 124 supracitado. Todavia, a mesma regulamentação aplicável ao registro de nomes de domínio prevê, no inciso IV do seu art. 3.º, que ‘o domínio escolhido pelo requerente não deve tipificar nome não registrável’.

Entender diferentemente permite a abertura de uma brecha para a descaracterização da expressão cultural tradicional não em prol da própria evolução da cultura, mas em face de interesses econômicos privados, que, se podem ser legítimos, é claro, devem obedecer à tutela cultural da coletividade e de suas criações.

Assim, é relevante a reflexão no sentido de que, embora a manifestação cultural possua proteção legal, cabe ao órgão responsável muito mais que a

mera certificação de tal fato, mas a responsabilidade pela sua manutenção e pela inocorrência de sua descaracterização nos moldes como originalmente pretendido.

Pelo disposto acima no caso da viola-de-cocho e no dos bonecos de Olinda, o Registro do PCI por si só não produziria efeitos suficientes para a proteção dos bens imateriais e não teria força jurídica vinculante para interromper procedimentos de registros de Marcas ou de nomes de Domínio que, apesar das vedações legais, intentassem garantir o direito exclusivo de utilizar signos e nomes oriundos de conhecimentos e expressões tradicionais. Dessa maneira, como se verá no uso da PI a favor dos detentores, o Registro, por enquanto, ainda que possua *efeitos mediatos implícitos constitutivos*, deve ser auxiliado e sobreposto por outros mecanismos (TELLES, 2007, p. 13) a fim de resguardar os direitos culturais coletivos de povos, grupos e comunidades tradicionais.

Por fim, averigua-se que o IPHAN não é a única instância estatal responsável pela observância da concretização das normas de reconhecimento do PCI. O INPI e outras autarquias federais também se deparam com demandas de reivindicações de direitos intelectuais coletivos, usos defensivos do PCI contra apropriações indevidas da PI etc. Por isso, o mecanismo do Registro necessita de atualizações que prevejam atuações conjuntas, compartilhadas ou interinstitucionais para a garantia da salvaguarda do PCI.

4.3.2 O caso do Ofício das Baianas de Acarajé

Ao lado da viola-de-cocho, em 2004, o ofício das Baianas de Acarajé foi registrado no Livro dos Saberes, fruto de pesquisa de identificação do INRC realizada pelo CNFCP, no projeto Celebrações e Saberes da Cultura Popular, denominado “Acarajé em Salvador – técnicas de feitura do acarajé e seu universo simbólico”, e da solicitação de organizações da sociedade civil de afrodescendentes e representativas das baianas para o reconhecimento do fazer culinário a fim de valorizá-las e frear a massificação do bolinho pelo turismo, pelo comércio de bares e restaurantes e pela indústria alimentícia.

A principal reivindicação das baianas não é propriamente por direitos intelectuais coletivos através do Registro, mas pela garantia que o mecanismo lhe conferiria para uso dos logradouros públicos para venda de Acarajé. Não obstante, apresentou ao IPHAN demanda nesse sentido para impedir que empresa comercializasse os bolinhos congelados.

As baianas, desde o Registro de seu PCI, portam as certidões que lhes foram distribuídas pelo IPHAN como um documento de autenticidade do fazer do acarajé, bem como de *status* honorífico “para garantirem seus locais de venda e não serem confundidas com vendedores ‘ambulantes’ quaisquer” (ALENCAR, 2010, p. 31). Por isso, desenvolveram a expectativa, como os demais detentores de saberes tradicionais em outros casos, que o Decreto nº 3.551/2000 as protegesse da concorrência predatória do mercado e das constantes modificações na organização dos espaços da cidade de Salvador que tradicionalmente ocupam para a venda do bolinho de feijão fradinho.

Em trecho da pesquisa do INRC que embasou o reconhecimento desse fazer, percebe-se as mudanças provocadas pelo Registro entre os detentores, assim também abertura para identificação de efeitos amoldados juridicamente a reivindicações de direitos:

Esse decreto é uma espécie de conquista resultante de longo processo de amadurecimento da legislação no sentido de aperfeiçoar os instrumentos de proteção e salvaguarda de parte do patrimônio cultural não suscetível ao tombamento e ao direito autoral. Não cria instrumentos fechados, normativos e restritivos, mas abertos aos pontos de vista e expectativas dos produtores de tradições culturais específicas. Pressupõe as dinâmicas próprias dessas tradições, sem pretender engessar suas formas e conteúdos no tempo e no espaço (IPHAN, 2004a, ANEXO I, p. 3).

Antes do Registro, o Decreto Municipal de Salvador nº 12.175, de 25 de novembro de 1998 (IPHAN, 2007a, p. 67 e ss.), já regulamentava o comércio informal das baianas de acarajé e mingau nos logradouros públicos da capital baiana. Mais do que mecanismo de proteção do patrimônio cultural, trata-se de fato de normativa que se preocupa com a organização do espaço público, com questões atinentes à saúde do consumidor e fiscalização da vigilância sanitária, obtenção de alvará para funcionamento, regras de instalação e conservação dos tabuleiros e infrações administrativas e as respectivas sanções.

No entanto, curioso nesta norma secundária é a presença de disposições que obrigam as baianas a trajarem indumentária típica e que descrevem como característica exclusiva e essencial desse comércio a culinária local, constituída de comidas feitas à base do dendê e do mingau. Tanto que se constitui como infração administrativa comercializar produtos alimentícios de outra natureza e usar vestimenta em desacordo

com a tradição das baianas. Em complementaridade, o Município de Salvador, através de sua Secretaria de Serviços Públicos, emitiu a Portaria nº 171/99, que padronizou os equipamentos usados para a atividade como o tabuleiro e o sombreiro, e determinou a obrigatoriedade do uso das peças típicas do vestuário das baianas, descrevendo em pormenores as especificações técnicas das roupas, inclusive quando utilizadas em festas.

O Registro do PCI não traz qualquer obrigação aos detentores de expressões e saberes tradicionais, somente ao Poder Público. Ambas as normas citadas criam obrigações que são estranhas à salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, que se assenta no equilíbrio entre mutação e a continuidade do bem, sem maiores intervenções do Estado, nem direcionamento de como devem transmitir ou praticar seus conhecimentos acerca do modo de saber-fazer.

Porém, o objetivo dessas normas de conduta é afirmar a identidade das baianas em seu fazer tradicional, contra as apropriações do mercado e restrições de controle sanitário, na frente das quais são vulnerabilizadas ou vítimas da intolerância religiosa e racial. O reconhecimento de seu saber-fazer é maneira de assegurar a continuidade do ofício associado à matriz africana de suas origens e de suas profissões de fé. A gentrificação nas capitais e a padronização de atividades comerciais tradicionais descaracterizaram elementos essenciais para transmissão desses modos de fazer. Nesse sentido, ratificado pelo Conselho Consultivo, foi o Parecer do DPI (IPHAN, 2004a, v. II, p. 134-138) ao final da fase de instrução do Registro do Ofício das Baianas de Acarajé:

A par disso, o foco do Registro no Ofício das Baianas de Acarajé, em Salvador, BA, é imprescindível à salvaguarda dessa tradicional ocupação, mais que do próprio acarajé. Ambos encontram-se ameaçados de fragilização, pela apropriação comercial para consumo massivo desse saber ancestral, associado às normas de controle sanitário do poder público, invariavelmente insensível quanto aos aspectos culturais dos fazeres populares tradicionais, questões suficientemente descritas no processo e adiante comentadas. (p. 134)

[...]

Como grupo social integrante das camadas populares, as baianas de acarajé sofreram marginalizações e vivenciaram perseguições em razão de opções religiosas. Ao longo do tempo e em maior ou menor intensidade também receberam

questionamentos quanto à qualidade e às condições de higiene de seus produtos.

A partir do reconhecimento da sociedade baiana do valor do acarajé e de outras comidas baianas como parte do sistema culinário regional, bem como da ocorrência de sucessivas crises econômicas no país que geraram a expansão moderada do comércio informal, ocorreu uma significativa ampliação do número de produtores e vendedores desse ofício (p. 137).

A apropriação e re-significação do produto cultural, que não podem ser refreados, com sinais de mercantilização e domesticação, embora possam trazer benefícios econômicos e ascensão social significativa para algumas das baianas, trazem consigo uma ameaça de homogeneização de uma prática, que durante muito tempo, teve as baianas de tabuleiro como únicas transmissoras. Apresentam ainda o risco de uma certa limpeza de traços culturais indesejáveis pelos setores dominantes da sociedade, bem como de banalização consumista das comidas de baianas (p. 138).

Ainda sem resultados conclusivos acerca da demanda feita pelas baianas de acarajé ao final do ano de 2015¹²⁸, mas cujos pressupostos demonstram o uso do Registro pelos detentores tradicionais com o objetivo de ver tutelados direitos intelectuais coletivos, é ofício enviado ao IPHAN pela Associação de Baianas de Acarajé e Mingau do Estado da Bahia requisitando providências da autarquia para inibir o uso do nominativo “acarajé” fora do contexto tradicional registrado como bem cultural imaterial.

As baianas expressamente solicitaram medidas protetivas da autarquia “defendendo este grupo contra a apropriação indébita de seus saberes” (IPHAN, 2015a, p. 01) para a defesa dos seus direitos intelectuais e morais sobre o acarajé. Mas não termina aí, a estratégia é se valer da própria norma constitucional do § 1º do artigo 216, juntamente ao Registro, que prevê outras formas de acautelamento as quais o Poder Público pode utilizar diante da necessidade de proteção

¹²⁸ Até o fechamento desta tese, não se sabe quais providências foram tomadas pelo IPHAN para atender a essa solicitação.

do patrimônio cultural ou insuficiência dos mecanismos existentes. Daí porque a providência principal refere-se à manutenção do nome de domínio “acarajé” sob o poder das baianas, muito embora o pedido tenha sido realizado por uma associação que representa somente os indivíduos ou pessoas jurídicas a ela vinculados.

A maior queixa já tinha sido antecipada pelos estudos preliminares que embasaram o ofício como referência cultural brasileira, isto é, a transformação do tradicional bolinho em mercadoria da indústria alimentícia de congelados e, conseqüentemente, o nominativo acarajé associado a domínios de sítios eletrônicos privados e marcas de empresa aparentemente especializada em transformação da culinária tradicional baiana em produto de supermercado. Além disso, ratificaram a mesma preocupação exposta no pedido do Registro e no INRC da mudança do nome do acarajé para “bolinho de Jesus” em virtude das mudanças da orientação de fé religiosa de algumas baianas (IPHAN, 2015a, p. 02).

O fundamento da requisição é justamente os efeitos que o Registro traria após a inscrição do bem em um dos Livros. Por outro lado, há um apelo à observância ao princípio da continuidade histórica do bem e a ameaça de que essas apropriações sejam obstáculos para a solidariedade intergeracional, ou seja, a transmissão desse saber para as atuais e futuras gerações.

Outra crença do requerimento é baseada nas próprias práticas administrativas do IPHAN, que se tornaram precedentes para invocar sua atuação em casos semelhantes. A atuação da autarquia no exercício de seu poder de polícia, baseado pela competência legal e infralegal, produziu situações nas quais serão recorrentes a reivindicação dos detentores dos conhecimentos tradicionais para que ela haja de acordo com o princípio jurídico da isonomia, em conflitos que envolvam risco ou haja potencialidade de dano ao bem imaterial, ainda que a singularidade de cada um vezes não autorize o mesmo tratamento dado a situações de naturezas diversas em casos distintos que possivelmente envolvam apropriação por terceiros (IPHAN, 2015a, p. 03).

Diante disso, a associação, para garantir os direitos das baianas, fez uso exemplificativo de rol de casos nos quais o IPHAN tratou o Registro como garantidor e efetivador de direitos culturais, quais sejam a atuação diante do uso comercial dos grafismos dos Wajãpi por empresa de papel de paredes e a notificação à multinacional Coca Cola para que se abstivesse de criar um refrigerante com a marca Crush Cajuína em clara referência à bebida proveniente do caju cujo modo de saber-fazer é salvaguardado a partir das práticas de produção no Estado do Piauí.

A estratégia da ABAM serve como ponto chave dos *efeitos mediatos implícitos constitutivos* do Registro, mas, por certo, não tem o compromisso, dentro dos interesses em jogo, em sopesar e comparar cada uma das situações aludidas na denúncia ao IPHAN para exigí-lo o mesmo tratamento. É certo, por outro lado, que a criatividade dos usos pelos detentores e reivindicações dessa natureza demonstram também a necessidade da regulamentação jurídica do âmbito de proteção de expressões e conhecimentos tradicionais a partir mesmo do Registro do PCI.

Se se fosse recorrer ao direito de autor convencional, provavelmente recairia no entendimento consolidado de que receitas pertenceriam ao âmbito do domínio público e não seriam passíveis de proteção jurídica por esta modalidade de propriedade intelectual. Assim a jurisprudência,

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. Direitos Autorais. Receitas culinárias publicadas em fascículos de revista especializada. Participação da autora como 'culinarista'. Pretensão de compensação pela violação do direito de imagem e de receber o equivalente a 5% sobre o preço de capa de cada exemplar da obra. Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando que a receita é criação do espírito; que mesmo ser for considerada obra coletiva, merece proteção pela participação individual; defende o direito autoral pela tradução de receitas argentinas; afirma que receitas criadas pela autora foram traduzidas e publicadas na Argentina; assevera que não autorizou o uso de sua imagem nas revistas editadas pelas rés; argumenta que apesar da remuneração recebida, nada percebeu pela criação de todas as receitas formuladas. Descabimento. Receita culinária. Representação de uma fórmula, um método de preparo de alimentos, mediante a utilização de uma lista de ingredientes de uso comum. Inexistência de direito autoral. Inteligência do art. 8º, I, da Lei nº 9.610/98. Apenas a sua compilação pode ser objeto de proteção em favor do organizador, pela forma específica de montagem de um todo. Inteligência do art. 7º, XIII, da Lei nº 9.610/98. Ainda que assim não fosse, o trabalho foi de natureza coletiva, porque as receitas passavam pela análise e aprovação de nutricionistas do Incor, enquanto a

coordenação culinária era da autora e de terceira pessoa. Despropositado o pedido de direitos autorais sobre o conjunto da obra, que cabe ao organizador. Inteligência do § 2º do art. 17 da Lei nº 9.610/98. Incontroverso que a apelante foi remunerada por sua participação conforme valor ajustado entre as partes. Vinculação da imagem da apelante às receitas culinárias não gera obrigação de indenizar. Apelante não inovou o que já havia sido exposto nos autos e rebatido na sentença. Motivação da sentença adotada como fundamentação do julgamento em segundo grau. Adoção do art. 252 do RITJ Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 2114740520058260100 SP 0211474-05.2005.8.26.0100, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 01/02/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/02/2012)

Porém, não foi somente esta vez que as baianas fizeram uso ampliado do Registro. Além da reivindicação de direitos intelectuais coletivos, em outras duas questões se valeram do ato declaratório do mecanismo de reconhecimento: na defesa de seus direitos de imagem associados à marca e na garantia do espaço público para venda de seus produtos durante a Copa do mundo no Brasil.

O primeiro caso refere-se à associação da imagem das baianas e do seu fazer à marca de empresa de refrigerantes interessada no patrocínio da atividade tradicional. Em contrapartida, a patrocinadora reformaria e manteria durante um ano o Memorial das Baianas que carecia de financiamento e de recursos para funcionamento após o seu encerramento em 2011, fruto do término de convênio entre o IPHAN e a ABAM, oriundo do Programa Cultural Viva (QUEIROZ, 2016, p. 206). Após se inteirar dos interesses da empresa em utilizar referências às práticas culturais das baianas fora do contexto no qual houve o registro do ofício das baianas de acarajé, a própria associação representativa das baianas solicitou ao IPHAN que a auxiliasse na elaboração de contrato de parceria, o que ocorreu, mas conforme a previsão das ações no “Termo de Referência de Plano de Salvaguarda” da Autarquia e a apresentação à empresa do Programa Nacional de Patrimônio Imaterial.

Porém, segundo o relato de Hermano Queiroz (2016, p. 208), após as orientações e sugestões de modificação do contrato pelo IPHAN, a ABAM não se satisfaz por completo com o nível de intervenção nas

tratativas. Por outro lado, uma segunda versão contratual enviada pela empresa sequer atendia às solicitações de alteração contratual requisitadas sobretudo com a adoção de campanhas publicitárias que poriam “a comunidade interessada em situação de total vulnerabilidade, sobretudo em razão da insegurança jurídica que marca uma contratação tão permeada de dispositivos abertos e fluidos e cuja publicidade é contratualmente vedada sem a necessária motivação para tanto” (QUEIROZ, 2016, p. 212).

Ademais, ainda que estivessem lidando com uma autarquia federal, e com o fato de o contrato necessariamente envolver o Município de Salvador por versar sobre uso de espaços públicos ocupados pelas baianas, dos quais, sem a autorização administrativa devida, perderiam sua licença, e de o ente federado ser o proprietário do imóvel do Memorial, a proposta continha cláusula de sigilo e confidencialidade, o que violaria o princípio jurídico-administrativo da publicidade e o direito de acesso à informação dos cidadãos nos negócios jurídicos dos quais participem a Administração Pública (QUEIROZ, 2016, p. 212-213).

Nessa esteira, Hermano Queiroz (2016, p. 213) questiona os limites dos supostos benefícios econômicos que um contrato dessa natureza traria aos detentores de saberes tradicionais, quando, em verdade, comprometeria sua participação nos próprios desígnios do bem, sem descaracterizá-lo, ainda que se admita a própria possibilidade de ressignificação e mutabilidade. Porém, quaisquer mudanças têm de partir de contextos de interculturalidade, criatividade e inovação nos quais os próprios sujeitos coletivos participem em condições de igualdade com os demais atores sociais. No entanto, o Registro assegura ações de continuidade que podem ser comprometidas pela comercialização em termos exclusivistas por terceiros que desconhecem sua dinâmica ou dela não tem qualquer compreensão, tampouco faz questão de ter, pois essa linguagem da descaracterização não os preocupa nem os atinge.

O caso ainda enfatiza, segundo Hermano Queiroz (2016, p. 213), uma outra dimensão: o ingresso do Poder Público nos papéis não apenas de mediador entre as partes – de um lado as baianas, de outro a empresa de refrigerantes – mas de diretamente interessado na relação jurídica, tendo em vista sua responsabilidade enquanto agente de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Não se sabe ao certo se o pacto fora firmado, mas, em outras proporções, conforme Hermano Queiroz (2016, p. 214), a situação voltou a se repetir em um segundo caso.

A Lei Geral da Copa, Lei nº 12.663, de 05 de junho de 2012, editada para regular a Copa das Confederações e a Copa do Mundo, no Brasil, instituiu monopólio em favor da FIFA, para que os entes federados

e os órgãos competentes colaborassem para não criar embaraços às autorizações de pessoas por ela indicadas para exclusivamente comercializar, distribuir, vender, dar publicidade e realizar propaganda de produtos e serviços, bem como para a divulgação de suas marcas, além de atividades promocionais e do comércio de rua nas imediações dos locais de competição dos jogos dos megaeventos e nas principais vias de acesso.

As restrições comerciais e nas vias de acesso se estendiam em perímetro (dois quilômetros) que prejudicava o comércio informal e de ambulantes que não seriam abrangidos pelas autorizações da entidade, tampouco beneficiariam quem vive desses empreendimentos ao redor de estádios de futebol e competições desportivas. As limitações eram includentes, para fins de marketing, dos parceiros comerciais da FIFA, e excludentes em relação aos comerciantes habituais dos locais escolhidos para os jogos.

À época, em outubro de 2012, as baianas do acarajé não receberam a notícia com bons olhos. A partir do Registro do seu ofício, provocaram o Ministério Público do Estado da Bahia para averiguar as limitações e os níveis de proibição que, certamente, afetariam sua atividade nas proximidades da Arena Fonte Nova, na capital baiana. O caso repercutiu não apenas entre as detentoras do saber, mas foi objeto de repercussão nacional.

Diante do requerimento, o *Parquet* elaborou Recomendação dirigida ao Ministério do Esporte e aos órgãos responsáveis pela organização dos megaeventos na cidade que garantissem às baianas de acarajé espaço para comercialização de seus produtos, dentro da tradição registrada como bem imaterial brasileiro (QUEIROZ, 2016, p. 214). Embora os argumentos se baseassem na autenticidade do fazer do acarajé e na garantia técnica de condições sanitárias e de trabalho adequadas nos locais e no entorno, o documento, segundo Hermano Queiroz (2016, p. 214), tem pontos que merecem ser destacados. O primeiro deles é atinente à atribuição de direitos às baianas de acarajé por ocasião do registro do ofício como patrimônio cultural imaterial brasileiro. O segundo é que esses direitos não se referiam ao âmbito de titularidade das detentoras, mas abrangiam também o direito do cidadão brasileiro à própria cultura, *in casu*, a de sua culinária regional devidamente reconhecida como referência. O terceiro é que o IPHAN tem como atividade-fim, dentre as suas competências legais, proteger o patrimônio cultural brasileiro.

A recomendação do Ministério Público, dentre suas recomendações de providências, afastou inclusive a concorrência desleal

para que não fosse admitida a comercialização do acarajé por empresas cadastradas pela FIFA.

Ainda assim, mesmo após de manifestar acerca da Recomendação do MP/BA, concordando que o produto acarajé não estava dissociado de seus produtores e que os interesses dos eventos desportivos se descortinavam puramente comerciais e de entretenimento, ameaçando a continuidade com a descaracterização do bem (QUEIROZ, 2016, p. 216), o IPHAN não participou ativamente do deslinde da questão. Ao contrário, depois da repercussão nos meios de comunicação e da pressão popular, a FIFA adotou medidas assecuratórias – não sem restrições de segurança, sanitárias e técnicas, de acordo com Hermano Queiroz (2016, p. 216) – para que as baianas vendessem seus produtos dentro e no entorno da Arena Fonte Nova.

Em ambos os casos relatados, percebe-se que o sentido e o alcance do Registro ampliou-se a partir do seu uso para garantia de direitos culturais dos detentores de saber tradicionais que, igualmente, favorecem sua organização enquanto movimentos sociais capazes de acionar as instituições competentes para a defesa do patrimônio cultural, afastando-se do mantra inicial da concepção do Decreto nº 3.551/2000 de que seus efeitos imediatos eram somente declaratórios (QUEIROZ, 2016, p. 217).

4.3.3 O caso da Produção Tradicional e das Práticas Socioculturais associadas à Cajuína do Piauí e o Refrigerante de Caju

Assim como o fazer do ofício das Baianas, do Queijo de Minas, das Paneleiras de Goiabeiras (IPHAN, 2008b, p. 76), outros bens registrados como expressões, tais quais o Carimbó (IPHAN, 2008a, v. I, p. 09) e o Ritxòkò, a produção artesanal da cajuína é alvo da homogeneização do mercado para atendimento de consumo massificado, bem como da tentativa de transformação do processo tradicional em técnica de escala industrial.

A iniciativa em torno do Registro da cajuína é resultado de processo histórico antigo. Estudos multidisciplinares sobre os usos e os derivados do caju como patrimônio cultural estavam presentes nas ideias de Aloisio Magalhães em um dos trabalhos de pesquisa do convênio do Centro Nacional de Referência Cultural, como um dos referenciais básicos da dinâmica cultural brasileira (IPHAN, 2008b, APENSO III). Segundo o antigo gestor do IPHAN (MAGALHÃES, 1985, p. 223), “a diversidade de usos é tal que ele já saltou para fora do uso direto e já tem os usos simbólicos.”. A representatividade do caju para a região nordestina demonstrada nesses estudos anteviu a patrimonialização de

técnicas e modos de saber-fazer, dentre eles a produção do famoso vinho de caju fabricado, desde o final do século XIX, pela Fábrica de Vinhos de Caju Tito Silva que viera falir já no início do período da Ditadura-Civil Militar de 1964.

Com certa mudança de orientação quanto aos valores e critérios de seleção dos bens culturais, dentro da perspectiva de tecnologias patrimoniais, dinâmicas culturais e contextos socioeconômicos, defendida por Aloísio Magalhães, o edifício da fábrica da empresa no Estado da Paraíba foi tombado em 1984. Uma tentativa de salvaguardar a técnica do fazer, porém com um instrumento de proteção ao patrimônio cultural inadequado: o tombamento. No entanto, à época, como visto anteriormente, inexistia mecanismo que pudesse suprir essa ausência. Décadas mais tarde, os produtores de cajuína do Estado do Piauí recorreram ao Registro do intangível para tutelar o processo de produção.

O processo artesanal é semelhante entre os produtores, mas o produto final pode ser diferente a ponto de interferir no sabor, a depender do núcleo produtor. Segundo o pedido de Registro da CAJUESP (IPHAN, 2008b, v. 1, p. 07), o processo de fabricação era comunitário familiar, de pequenos e médios produtores, ia desde a colheita até o engarrafamento da bebida para consumo, mas, paulatinamente, foi acrescido de elementos de lógica agroindustrial de mercado, contudo o saber-fazer artesanal em si servia de freio para modificações mais bruscas da cajuína como a gaseificação. Porém, as inovações trazidas com ideias sobre segurança alimentar e saúde, aliada a busca por novos nichos de consumidores teriam feito com que grandes empresas buscassem empreender a partir de produtos como a cajuína, o que poria em risco e comprometeria o conjunto de práticas e relações simbólicas engendradas no seu fazer.

Na justificativa do pedido, apoiada através de abaixo-assinado de cooperativas e associações de produtores, a expectativa é que o Registro resguardasse direitos difusos e coletivos relativos ao uso desse modo de saber-fazer. A produção da cajuína apenas baseada na técnica poderia comprometer a qualidade do produto (IPHAN, 2008b, v. 1, p. 07).

Solicitamos, por conseguinte, ao Presidente do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico (IPHAN), o registro do modo de fazer tradicional da CAJUÍNA como patrimônio cultural brasileiro, como forma de contribuir para preservação e salvaguarda da nossa identidade local, assim como para fomentar políticas voltadas à qualidade do produto, uma vez que sua produção tecnificada poderá comprometer sua qualidade enquanto um produto da nossa tradição cultural. Por outro lado,

esse pedido visa à criação de uma política de inclusão social na medida em que o fazer tradicional da cajuína vem assegurar a participação da pequena agricultura familiar. Mesmo em termos mercadológicos, somente preservando e salvaguardando o modo tradicional de fazer a cajuína poderemos diferenciá-la qualitativamente dos sucos e refrigerantes industrializados e assim garantir seu sabor inigualável. Da mesma forma, para atender as demandas do mercado interno e externo ao preservar seu modo de fazer tradicional, ao preservar seu modo de fazer tradicional estaremos ampliando esta oportunidade a milhares de famílias de pequenos produtores.

Diante do pedido, a Câmara do Patrimônio Imaterial requereu o registro de todo o complexo cultural do Caju. A Técnica que atuou nas pesquisas sobre o pedido inicial e o DPI requereram reconsideração em virtude da relação identitária entre a população do Piauí e a cajuína, que não se estendia para outros produtos derivados do caju, tampouco esse elo era encontrado em todos os Estados fabricantes de cajuína ou cultivadores do caju. No Estado do Piauí, o Decreto nº 13.068, de 15 de maio de 2008, declarou o modo de fazer a cajuína como de relevante interesse cultural, passando a integrar formalmente o patrimônio cultural piauiense.

Durante o processo do Registro do modo de fazer a cajuína, a Superintendência do IPHAN no Estado do Piauí, por meio de matérias jornalísticas e denúncias de pequenos produtores, recebeu a notícia de que a empresa multinacional Coca-Cola lançaria um refrigerante gaseificado à base de guaraná e suco de caju, nos Estados do Piauí e do Ceará, sob a designação “Crush Cajuína”. A escolha do nome e dos componentes, segundo as informações do IPHAN, não foi à toa, mas baseadas em pesquisa de mercado que demonstravam o apreço das populações dos Estados do Nordeste pela cultura do consumo de derivados do caju (IPHAN, 2011b, p. 19-20).

A Superintendência, atendendo aos reclames dos produtores, encaminhou pedido ao Departamento de Patrimônio Imaterial do IPHAN para que tomasse providências. O fundamento do requerimento não apenas mencionava que o modo de saber-fazer da cajuína estava em processamento para registro como bem cultural imaterial brasileiro, quanto o uso do nominativo, apesar de ser de domínio público, estava associado a produto artesanal e tradicional que se vinculava a tipo de bebida diversa. Tanto o IPHAN quanto os detentores do saber

demonstraram preocupação com a apropriação indevida do nome cajuína, pois poderia comprometer a transmissibilidade do bem a futuras gerações, em virtude da confusão que o lançamento do refrigerante poderia ocasionar entre a bebida fruto do caju e o gaseificado. Além disso, poderia comprometer até a produção artesanal da cajuína que não teria condições de concorrer com a indústria de refrigerantes em larga escala, e também até a relação identitária entre o povo piauiense e a bebida do caju, além dos riscos de padronização (IPHAN, 2011b).

Dentre os encaminhamentos requeridos ao DPI pela Superintendência, encontram-se pedidos de providências jurídicas de notificação da multinacional para conhecimento de suas intenções com o novo refrigerante e à procuradoria jurídica da União para saber que medidas se poderia adotar para impedir o uso do nome cajuína (IPHAN, 2011b). Segundo o Parecer do Conselho Consultivo (IPHAN, 2008b, v. 3, p. 444) já para decisão do ato final do Registro, o ano de 2011 foi praticamente preenchido com a preocupação em torno do lançamento de produto que poderia contribuir para aumentar o risco de desaparecimento do processo tradicional de feitura da bebida.

A mobilização em torno da proteção da cajuína como patrimônio cultural envolveu a população do Estado do Piauí, produtores, intelectuais, acadêmicos e resvalou também nos poderes instituídos tal qual a Assembleia Legislativa Estadual na qual parlamentar convocou audiência pública para discutir a apropriação da cajuína pela empresa (IPHAN, 2011b, p. 25-26). A multinacional emitiu nota pública na qual se manifesta que nunca teve a intenção de requerer a “patente” do termo ou registrar a marca nominativa. Contudo, defendendo que o uso da palavra cajuína era absolutamente livre, muito embora não fizesse parte dos direitos sobre a marca “Crush” da qual é proprietária. (IPHAN, 2011b)

A própria Superintendência do IPHAN no Piauí notificou a empresa (IPHAN, 2011b, p. 21) para que prestasse esclarecimentos acerca do refrigerante, informando que não se tratava de cajuína e que havia processo de Registro da bebida derivada do Caju em curso. A multinacional requisitou os dados sobre os procedimentos do mecanismo (IPHAN, 2011b, p. 29), mas em seguida desistiu da produção do gaseificado, supostamente pela repercussão negativa em sua imagem diante do caso.

O caso, em relação aos demais, demonstra que, antes mesmo da conclusão do Registro, a defesa do modo de saber ainda não declarado como bem imaterial, por parte dos detentores do conhecimento do processo da cajuína, da mobilização popular e da ação administrativa do

IPHAN, houve extensão dos efeitos da salvaguarda pretendida que demoveu a empresa de seguir adiante com seu empreendimento. Tanto a crença dos produtores da cajuína quanto do IPHAN, eram a de que, semelhante ao tombamento provisório, o simples fato de estar em curso o procedimento administrativo era suficiente para limitar ato de terceiros que pudessem comprometer a salvaguarda do bem.

Ainda assim, a busca pelas providências, que não foram necessárias, revelam que mesmo diante da incerteza jurídica, em última instância, o dever legal de proteção do patrimônio cultural autorizava o IPHAN a buscar uma solução. É certo, porém, que desde 2008, no âmbito estadual, o modo de fazer a cajuína foi declarado como de relevante interesse cultural, mas sob o ponto de vista dos encaminhamentos e dos argumentos jurídicos declinados pela Autarquia e pelos detentores, esse fato conferiu apenas maior reforço à organização das vozes contrárias ao refrigerante, mas não suscitou efeitos que sobrepujassem a crença na eficácia provisória, baseada na existência do processo de Registro.

Por outro lado, em relação aos detentores do saber-fazer, não apenas o encaminhamento de soluções junto ao IPHAN, mas reivindicações sobre o uso do nominativo associado ao produto tradicional, seriam a relação que certificaria seu processo e origem, o que a produção de refrigerante distinto da bebida ocasionaria confusão entre elementos distintivos e a qualidade característica da cajuína. Nesse sentido, os produtores inconscientemente estavam a reclamar efeitos provisórios do Registro e creditar tipos de certificação exclusiva que, no campo da propriedade industrial, somente a indicação geográfica ou a marca coletiva registrada diante do INPI poderiam dar. Talvez por isso, posteriormente, associações e cooperativas de produtores de caju tenham recorrido quase que concomitantemente ao episódio, abril de 2012, à indicação de procedência (INPI, 2014).

De outro modo, a empresa sustentou o argumento do domínio público para uso indistinto do nome, bem como deixou implícito a possibilidade do registro da marca junto ao nome do refrigerante já existente, sem considerar sua vinculação ao modo de saber-fazer da cajuína, ideia semelhante à conduta que resultou na marca individual viola-de-cocho, mas recebeu a impugnação dos violeiros que conseguiram junto ao INPI a remoção de exclusividade do uso quanto ao nominativo associado ao bem cultural imaterial.

Outro aspecto a ser destacado, é o da participação popular na proteção do patrimônio cultural, alicerçando a estratégia dos detentores e da autarquia federal para impedir a apropriação indevida que pusesse em risco às práticas socioculturais da Cajuína antes mesmo que o Registro

acontecesse. É prova de que o conceito de patrimônio cultural do artigo 216 da Constituição Federal não apenas confere direito cultural coletivo aos bens declarados pelos mecanismos nela previstos, mas se trata de norma igualmente de garantia cujo exercício de cidadania ativa funciona igualmente como forma embrionária de acautelamento comunitário e dever de proteção estatal.

Já se encontrava no Dossiê acerca dos estudos realizados para o registro da cajuína recomendação para ações de salvaguarda (IPHAN, 2008b, p. 194) que defendessem os produtores contra grandes empresas da indústria alimentícia:

2) A disseminação da arte de fazer cajuína por novas categorias sociais, que só agora têm acesso a seus implementos, é positiva e pode significar uma geração de renda, de segurança alimentar, de melhoria da saúde da população e, conseqüentemente, do desenvolvimento do Estado do Piauí. Para que este desenvolvimento seja o mais equitativo possível, é importante que as autoridades locais criem um arcabouço jurídico e condições de possibilidade, de modo a evitar ações de grandes empresas que têm buscado monopolizar outras fontes deste tipo de bebida tanto na esfera das águas minerais quanto de produção de frutas como o guaraná.

A ameaça da entrada de grandes capitais no Estado com a intenção de monopolizar ou ao menos colonizar a produção da cajuína não é tão absurda assim, diante da enorme pressão do mercado por esse tipo de produto (ver artigos anexados). A melhor maneira de se defender dessa tendência de mercado é o fomento da pequena produção, privilegiando o imenso contingente de novos proprietários de terras nos assentamentos e produtores na agricultura familiar.

Outro aspecto relevante do processo, presentes no parecer do DPI (IPHAN, 2008b, p. 406-410), ao final da instrução técnica do Registro, é notar a presença de outros atores EMBRAPA, BNB, EMATER, SEBRAE, atuando como parceiros dos produtores interessados no Registro e do IPHAN, em auxílio a pontos voltados para inserção dos produtos desse modo de fazer no mercado.

Ao mesmo tempo em que essas parcerias colaboraram na salvaguarda do PCI e ajudaram os pequenos produtores a organizar a sua

produção, é fato que muitas das orientações técnicas recebidas eram no sentido de padronizar a produção de acordo com a visibilidade criada pelo mecanismo do Registro, visando o mercado externo e migrar para transformação do fazer artesanal para indústria de grande porte, excluindo o caráter familiar do *savoir-faire*, incrementando insumos, infraestruturas e introduzindo novas variedades do caju.

Ao lado de outros bens imateriais registrados como saber-fazer, os detentores da produção tradicional, além de terem feito uso positivo e defensivo da proteção do patrimônio cultural imaterial contra tentativa de apropriação indevida, associaram propositivamente o Registro do PCI às indicações geográficas. O processo de requisição no INPI foi financiado e orientado pelo SEBRAE e pelo BNB que integraram a rede de parcerias para o Registro.

Esta alternativa de uso da indicação geográfica associada ao Registro do PCI está se tornando frequente pelos detentores, diante das incertezas, inseguranças e desilusões sobre os *efeitos imediatos explícitos declaratórios* do mecanismo de reconhecimento. De certa forma, a utilização retoma as primeiras versões do Decreto nº 3.551/2000 nas quais a certidão do Registro conferiria direitos exclusivos sobre determinado fazer identificável em localidade geográfica.

Por essa razão, os demais casos de sobreposição de mecanismos serão tratados conjuntamente, em tópico particular.

4.4 Antropofagia da propriedade intelectual: os bens culturais imateriais registrados no INPI

Os bens culturais imateriais registrados não são apenas referências culturais para seus detentores, muitas vezes, como os modos de saber-fazer, são processos de produção e reprodução de resultados materializados em produtos e serviços, cujo valor econômico confere sustentabilidade mínima de sobrevivência das comunidades e grupos, assim também das próprias práticas de transmissão e continuidade (BELAS, 2012, p. 56). Sua inserção em relações de uso-troca pode se dar também dentro de regras sociais de uma economia comunitária e solidária, mas pelo sistema econômico capitalista são vistos como mercadorias. Para garantir a sustentabilidade do bem cultural imaterial, os seus sujeitos coletivos detentores chegam a incorporar elementos do mercado e inovações, mas sem se distanciar excessivamente da prática do fazer cujo sinal da tradição é igualmente objeto de interesse do mercado, como indicador de origem, procedência, “autenticidade”, “exotismo”.

Para Carla Belas (2012, p. 62), tendo em vista o valor econômico do patrimônio cultural, diferentemente das demais mercadorias, os bens culturais se caracterizam pela “1) existência de uma ligação particular entre objetos e sujeitos; produtos e produtores; 2) compromisso com a transmissão para as gerações futuras”. Portanto, a salvaguarda de bens culturais imateriais está inserida sempre em tensões nas quais o valor econômico do PCI é complementar à sobrevivência de seus sujeitos, assim como também, dentro das relações de mercado, ele pode se apresentar como antagônico.

Daí porque a propriedade intelectual, como mecanismo de proteção de exclusivos, pode ser utilizada contra os bens culturais imateriais, tais quais os casos apresentados anteriormente, como também a seu favor. Isso não significa, tal qual dito anteriormente, que ela seja adaptável à salvaguarda do PCI em todas as situações, porém alguns de seus instrumentos podem ser usados em função do fortalecimento da proteção. Não obstante o elo entre mecanismos de origens e finalidades distintas, para Joaquim Falcão (2001, p. 25), aparentemente, não há correspondência direta entre as duas áreas:

O patrimônio imaterial está para a cultura, como a propriedade intelectual está para o direito. Aliás, o patrimônio imaterial resulta do exercício pela nação dos seus direitos de propriedade cultural. Não é à toa que Rodrigo de Mello Franco de Andrade já dizia que preservar nosso patrimônio histórico e artístico é uma das maneiras de se exercer o direito de propriedade sobre o Brasil. Mas, enquanto que o sujeito do direito de propriedade intelectual é um indivíduo ou uma instituição, o sujeito do patrimônio imaterial em geral é a comunidade, é a nação. Aquele identificável, este nem sempre. Mesmo quando se protege um artesão ou um *living treasure*, protege-se não o proprietário de um saber privado, mas apenas o cidadão detentor de um saber de natureza comunitária, pública.

A atual legislação da propriedade industrial não estrutura qualquer modelo, assim como a LDA, de proteção especial de direitos intelectuais coletivos. Porém, enuncia mecanismos possíveis que podem ser objeto da antropofagia do Registro do PCI.

Essa sobreposição propositiva não só faz parte da genealogia abortada do Decreto nº 3.551/2000, como também integra as expectativas

dos detentores com as certidões e titulações conferidas pelo instrumento de reconhecimento e valorização dos bens imateriais. Na época do Registro do ofício do saber-fazer do queijo artesanal Minas, houve proposições no sentido de assemelhá-lo aos efeitos jurídicos das indicações geográficas. Para Felipe Palau Ramírez (2012, p. 26),

O recurso a indicações geográficas com esta finalidade se impõe, acima de tudo, ante as deficiências encontradas com que tropeça o uso de distintas modalidades de propriedade industrial para proteger os conhecimentos tradicionais¹²⁹.

Além dessa associação mais usual de uso protetivo e preventivo da PI com o Registro do PCI, os detentores recorreram à Marca Coletiva. Ambos os instrumentos implicam na identificação por sinais exclusivos de produtos e serviços de origem ou controle coletivo, como os vinculados a determinadas áreas ou regiões nas IGs, ou como na diferenciação consoante os critérios de regulamento de utilização da Marca Coletiva. Na ótica de Felipe Palau Ramírez (2012, p. 27) “[...] as marcas coletivas e as indicações geográficas se adaptam a essa exigência de titularidade compartilhada pelos membros de uma comunidade”¹³⁰.

Quanto às IGs, conforme se pode perceber do quadro abaixo, bens imateriais registrados, após a titulação do reconhecimento, recorreram às IGs para fortalecer a proteção de seu PCI. É o que se vê a partir da comparação das datas de Registro do PCI e de depósito no INPI do Ofício das Panelas de Goiabeiras, nas duas indicações nas quais se desdobrou o Modo Artesanal de Fazer Queijo Minas e no Modo de Fazer Renda Irlandesa.

Nesses casos, durante o processo do Registro já havia sido ventilada a ideia da requisição ou mesmo a confusão entre os efeitos das IGs e do instrumento de salvaguarda do PCI. No caso da Produção Artesanal da Cajuína, a IG foi concedida quase que concomitantemente com o Registro do PCI. As partes requisitantes no INPI ou são as mesmas ou integraram o processo de Registro do PCI como apoiadoras, ou

¹²⁹ Tradução livre do original em espanhol: “El recurso a las indicaciones geográficas con dicha finalidad se impone, sobre todo, ante las deficiencias con que tropieza el uso de las distintas modalidades de propiedad industrial para proteger los conocimientos tradicionales”.

¹³⁰ Tradução livre do original em espanhol: “[...] las marcas colectivas y las indicaciones geográficas se adaptan perfectamente a esa exigencia de titularidad compartida por los miembros de una comunidad”.

resultaram da conjunção de integrantes de outras organizações que participaram ativamente do processo de reconhecimento. Portanto, não são terceiros estranhos ao processo de transmissão e continuidade desses saberes-fazer.

Quadro 05 – Bens Culturais Imateriais registrados pelo Decreto nº 3.551/2000 e como Indicações Geográficas no INPI

BEM CULTURAL IMATERIAL REGISTRADO	DATA DO REGISTRO DO MODO DE SABER-FAZER COMO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL	DATA DO PEDIDO DE DEPÓSITO NO INPI DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA	DATA DO REGISTRO DO MODO DE SABER-FAZER COMO INDICAÇÃO DE PROCEDÊNCIA	PARTES DA SOCIEDADE CIVIL LEGÍTIMAS PARA O REQUERIMENTO SÃO AS MESMAS	PARTE LEGÍTIMA PARA PEDIDO DE INDICAÇÃO GEOGRÁFICA COMO APOIADORA DO PEDIDO DE REGISTRO
Ofício das Paneleiras de Goiabeiras	20/12/2002	19/05/2010	04/10/2011	SIM	–
Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas na região do Serro	13/06/2008	16/04/2010	13/12/2011	NÃO	Associação dos Produtores Artesanais do Queijo do Serro
Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas na região da serra da Canastra	13/06/2008	16/04/2010	13/03/2012	NÃO	Associação dos Produtores do Queijo Canastra

					(Não consta no processo de Registro)
Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência este ofício em Divina Pastora/SE	28/01/2009	22/09/2011	26/12/2012	SIM	–
Produção Tradicional e Práticas Socioculturais Associadas à Cajuína no Piauí	15/05/2014	13/04/2012	26/08/2014	NÃO	União das Associações e Cooperativas e Produtores de Cajuína do Estado do Piauí – PROCAJUÍNA (Não consta no processo de Registro, mas fora

					constituída a partir de integrantes da CAJUESPI, englobando associações, produtores e outras cooperativas para representar os produtores junto ao INPI)
--	--	--	--	--	---

Fonte: Elaborado pelo autor, em análise aos processos administrativos do IPHAN e dos pedidos de IGs no INPI.

De acordo com Carla Belas (2012, p. 126), as IGs são recursos estratégicos utilizados junto à salvaguarda do PCI com o fito de dar garantias à sustentabilidade dos processos de formação, produção e reprodução dos bens culturais, valorização econômica dos seus produtos resultantes e artifício para observância de normas sanitárias e ambientais. Além disso, permitem combinar conhecimentos técnico-científicos e tradicionais nos contextos e territórios nos quais são aplicadas (BELAS, 2012, p. 134). De acordo com os processos administrativos das IGs no Quadro 05, dentre as espécies constantes no artigo 176 da LPI (indicação de procedência e denominação de origem¹³¹), os detentores dos modos de saber-fazer escolheram a indicação de procedência como ferramenta coletiva de proteção.

As indicações de procedência, por força do artigo 177 da LPI, protegem produtos e serviços provenientes de determinado território, reconhecidos por sua qualidade e reputação (notoriedade)¹³², sob nome geográfico (país, cidade, região ou localidade territorial) que pode ou não estar associado a sinal gráfico ou figura indicativa do âmbito territorial, ou à representação geográfica da localização referente à denominação (artigo 182 da LPI).

Como indicação geográfica, seu uso é restrito aos produtores e prestadores de serviços da localidade delimitada. O lugar no qual seja proveniente um produto é suficiente para indicar que todos os responsáveis pela produção possam utilizar-se desse tipo de

¹³¹ A denominação de origem é espécie de indicação geográfica definida no artigo 178 da LPI como a designação de produto ou serviço, por meio de seu nome geográfico, que possua qualidades ou características singulares atribuídas, exclusiva ou essencialmente, ao meio geográfico e sua combinação com elementos e fatores humanos e naturais. Em virtude da integralidade dos bens culturais imateriais aqui tratados serem registrados como indicações de procedência, não se adentrou em pormenores de seus critérios. Ainda assim, a disciplina das IGs na LPI aplica-se a ambas as modalidades.

¹³² Não se faz aqui uma distinção rígida entre notoriedade e reputação, isto é, entre o alcance e a publicidade da IG junto ao reconhecimento pelo mercado consumidor, por um lado, e a respeitabilidade da qualidade do produto que lhe confere renome público de outro (BARBOSA et. al. 2013, p. 14). Entende-se que essas dimensões são híbridas e se inter cruzam a ponto de não merecer divisões estanques.

reconhecimento. Por isso, distinguem-se das marcas, porque essas são de propriedade estrita e exclusiva daquele que a registrou ou a adquiriu.

De acordo com a Instrução Normativa do INPI nº 25/2013, que estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas, a requisição da indicação de procedência pode ser realizada por substitutos processuais, quaisquer pessoas jurídicas que legitimamente representem os produtores ou prestadores de serviços, como associações, entidades, institutos, dentre outras. Porém, a titularidade da IG é de toda a coletividade vinculada ao território geográfico, apenas a gestão (estrutura de controle) é conduzida pela representante legal (BARBOSA et. al., 2013, p. 22).

Nesse sentido, o processo administrativo do Registro do PCI, utilizado para identificação e reconhecimento dos bens culturais imateriais, dos detentores e a área de abrangência da referência cultural, é documento hábil para comprovação: 1) da legitimidade dos requerentes (o elo entre a representação e as comunidades e grupos de produtores ou prestadores de serviços); 2) da fixação das coletividades produtoras na área demarcada e da efetiva realização das atividades de produção e prestação de serviços; 3) da qualidade e notoriedade da produção ou serviço; e 4) da titularidade de povos, grupos e comunidades tradicionais que são responsáveis pela produção e reprodução desses bens¹³³. Isso porque, de acordo com a IN nº 25/2013, há requisitos formais e materiais para o registro das IGs e outros específicos à natureza da indicação de procedência. É o que se verifica dos artigos 6º e 8º da norma regulamentar:

Art. 6º. O pedido de registro de Indicação Geográfica deverá referir-se a um único nome geográfico e nas condições estabelecidas em ato próprio do INPI, conterá:

I – requerimento (modelo I), no qual conste:

- a) o nome geográfico;
- b) a descrição do produto ou serviço;

II – instrumento hábil a comprovar a legitimidade do requerente, na forma do art. 5º;

III – regulamento de uso do nome geográfico.

¹³³ Conforme o artigo 5º, § 1º, da IN nº 25/2013, quando a IG não for coletiva, isto é, houver somente um único produtor ou prestador de serviço, a pessoa física ou jurídica, em condições de isonomia, também pode requerer em seu nome o sinal distintivo. No caso dos bens imateriais registrados como PCI, a natureza dos requerimentos de IG é eminentemente coletiva.

IV – instrumento oficial que delimita a área geográfica;

V – etiquetas, quando se tratar de representação gráfica ou figurativa da Indicação Denominação geográfica ou de representação de país, cidade, região ou localidade do território, bem como sua versão em arquivo eletrônico de imagem;

VI – procuração, se for o caso, observando o disposto nos art. 20 e 21;

VII – comprovante do pagamento da retribuição correspondente.

Art. 8º. Em se tratando de pedido de registro de Indicação de Procedência,

além das condições estabelecidas no Art. 6º, o pedido deverá conter:

a) documentos que comprovem ter o nome geográfico se tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação do produto ou de prestação de serviço;

b) documento que comprove a existência de uma estrutura de controle sobre

os produtores ou prestadores de serviços que tenham o direito ao uso exclusivo da Indicação de Procedência, bem como sobre o produto ou a prestação do serviço distinguido com a Indicação de Procedência;

c) documento que comprove estar os produtores ou prestadores de serviços

estabelecidos na área geográfica demarcada e exercendo, efetivamente, as atividades de produção ou prestação do serviço.

A única desvantagem se apresenta quanto a conhecimentos tradicionais secretos ou de cunho sagrado, pois as indicações de procedência mantêm as informações do *savoir-faire* em documento público que estabelece as regras de produção e uso do sinal distintivo com o nome do lugar:

A titularidade pública ou de um agrupamento de pessoas das indicações geográficas permite que estas permaneçam no domínio público e nenhuma pessoa física ou jurídica ostente um monopólio ou direito a exclusivo para utilizar os conhecimentos ou a informação protegida pela indicação geográfica. Todos os membros da comunidade

poderão utilizar a indicação geográfica, e aproveitar-se de seu *good will* ou reputação, se cumprem com as regras estandardizadas nos regulamentos de uso¹³⁴ (RAMÍREZ, 2012, p. 29).

Há responsabilidade coletiva de todos os produtores na disciplina para garantia da qualidade dos produtos. Essas condições de produção são publicizadas no requerimento por um regulamento de uso cuja observância é obrigatória para utilização da indicação de procedência, pois ela atesta sua reputação e suas qualidades singulares. O regulamento é uma maneira de os próprios detentores controlarem o modo de saber-fazer tradicional e as características essenciais dos resultados de seus conhecimentos tradicionais. Nesse aspecto, assim como o Registro do PCI, as IGs atendem a um princípio de participação no qual as comunidades detentoras constroem esses regulamentos por meio da tomada de decisões conjuntas, coletivas, segundo suas normas de organização social (LIXINSKI, 2013, p. 194). Ainda assim, não raro as orientações técnicas de parceiros da salvaguarda se sobrepõem sobre as vontades e os interesses comunitários dos detentores.

De certa forma, o regulamento de uso da indicação de procedência permite que o saber-fazer registrado como bem cultural imaterial mantenha os processos e procedimentos tradicionais característicos das técnicas dos detentores que justificam a titulação como PCI, impedindo terceiros estranhos ao processo de formação, produção e reprodução do bem cultural e às suas localidades de origem de se apropriar indevidamente da reputação de seus produtos resultantes.

O âmbito de proteção das indicações geográficas se adequa aos direitos culturais e tradicionais, porque podem considerar-se como um direito coletivo cuja titularidade pertence a todos os produtores que observam seu regulamento de uso e produzem na zona geográfica especificada (que bem pode

¹³⁴ Tradução livre do original em espanhol: “La titularidad pública o de una agrupación de personas de las indicaciones geográficas permite que éstas permanezcan en el dominio público y ninguna persona física o jurídica ostente un monopolio o derecho en exclusiva para utilizar los conocimientos o la información protegida por la indicación geográfica. Todos los miembros de la comunidad podrán utilizar la indicación geográfica, y aprovecharse de su *good will* o reputación, si cumplen con las reglas estandarizadas en los reglamentos de uso”.

coincidir com aquela em que se localiza uma comunidade indígena, podendo-se proibir seu uso por produtores de fora da zona ou aqueles que não sigam o mesmo método de produção. Ademais, os titulares das indicações protegidas mediante normativa específica, a diferencia de los titulares de marcas o patentes, no pueden cederla, por lo que en cierta forma se asegura que la indicación geográfica continúe siempre en el seno de la comunidad¹³⁵ (RAMÍREZ, 2012, p. 31).

A vinculação ao regramento de forma fiel que autoriza o uso exclusivo da marca da indicação pode servir como parâmetro para revalidação do patrimônio intangível registrado, cujo prazo vincendo de dez anos ainda não se concretizou, tal qual o Modo de fazer Queijo Minas e o Modo de fazer Renda Irlandesa. Ao mesmo tempo em que se torna possível averiguar a continuidade histórica, os *standards* do mecanismo da indicação podem ser veículos de manutenção de práticas tradicionais associadas à padrões de ordem técnica, o que não necessariamente inviabiliza inovações ou mutações nos bens. Não é condição determinante, mas pode se valer desse parâmetro.

Precisamente a codificação das regras de uso revela dito conhecimento, permitindo a apropriação e o aproveitamento por terceiros dos mesmos. Este é um inconveniente das indicações geográficas se o que se pretende é manter em segredo ditos conhecimentos e impedir a terceiros sua utilização, pelo que neste caso as indicações geográficas só podem desempenhar um papel complementar. Adverte-se que nos casos de se optar por uma

¹³⁵ Tradução livre do original em espanhol: “El ámbito de protección de las indicaciones geográficas se adecúa a los derechos culturales y tradicionales, por cuanto pueden considerarse como un derecho colectivo cuya titularidad pertenece a todos los productores que se observan su reglamento de uso y producen en la zona geográfica especificada (que bien puede coincidir con aquella en la que se ubica una comunidad indígena), pudiéndose prohibir su uso por productores de fuera de la zona o por aquellos que no sigan el mismo método de producción. Además, los titulares de las indicaciones protegidas mediante normativa específica, a diferencia de los titulares de marcas o patentes, no pueden cederla, por lo que en cierta forma se asegura que la indicación geográfica continúe siempre en el seno de la comunidad”.

indicação geográfica resultará muito difícil a manutenção em segredo os conhecimentos, posto que além da necessidade provar a vinculação das propriedades dos produtos com ditos conhecimentos e região concreta, o necessário controle que há de se levar do uso da indicação obriga a precisar, por exemplo, as regras de cultivo dos produtos alimentícios ou a elaboração dos produtos artesanais¹³⁶ (RAMÍREZ, 2012, p. 29).

Nos processos administrativos do INPI de bens imateriais registrados que instauraram pedidos de proteção também como indicações de procedência, verifica-se a existência de uso de documentos, pareceres e pesquisas do processo de Registro do PCI para atendimento de requisitos formais e materiais das indicações geográficas, bem como para averiguação da legitimidade das partes requisitantes.

Na indicação de procedência Goiabeiras (INPI, 2010c, p. 5-6), para fins de demonstração de legitimidade, a Associação das Paneleiras de Goiabeiras, em seu ofício, manifestou o reconhecimento, a participação e o apoio do IPHAN, SEBRAE, SECULT-ES (órgãos de cultura) e Secretaria do Turismo, Secretaria de Trabalho, Desenvolvimento e Assistência social do Estado do Espírito Santo. Nas IGs do Serro (INPI, 2010a, p. 102) e da Canastra (INPI, 2010b, p. 20 e ss.), a demonstração da notoriedade dos queijos produzidos nessas regiões de Minas foi realizada por meio do Registro do PCI e de fatos histórico-culturais. No caso da IG Canastra (INPI, 2010b, p. 133-166), nota-se a presença do parecer do DPI no processo de Registro do PCI do Queijo Minas para fundamentar o requerimento. Na IG Divina Pastora (INPI, 2011, p. 100 e

¹³⁶ Tradução livre do original em espanhol: “Precisamente la codificación de las reglas de uso revela dicho conocimiento, permitiendo la apropiación y aprovechamiento por terceros de los mismos. Este es un inconveniente de las indicaciones geográficas si lo que se pretende es mantener en secreto dichos conocimientos e impedir a terceros su utilización, por lo que en este caso las indicaciones geográficas sólo pueden jugar un papel complementario. Adviértase que en los casos de optar por una indicación geográfica resultará muy difícil el mantenimiento en el secreto de los conocimientos, puesto que además de la necesidad de probar la vinculación de las propiedades de los productos con dichos conocimientos y región concreta, el necesario control que ha de llevarse del uso de la indicación obliga a precisar, por ejemplo, las reglas de cultivo de los productos alimenticios o de elaboración de los productos artesanales”.

ss.), a titulação conferida pelo IPHAN como patrimônio cultural brasileiro e documentos usados para compor o processo de Registro são utilizados como comprovação da delimitação da área geográfica para concessão da indicação de procedência. Em todos os casos, o Registro do PCI funcionou como demonstração da notoriedade e da reputação dos produtos advindos de conhecimentos tradicionais salvaguardados.

Apesar disso, os mecanismos têm finalidades distintas. A sobreposição entre PCI e PI, neste caso, não pode ter o condão de prejudicar a continuidade histórica e transmissão do bem imaterial. A associação deve ser positiva. Porém, enquanto as indicações de procedência se firmam como mecanismo de tipicidade, distinguibilidade, notoriedade, frente a outros produtos e serviços, por uma questão de incremento de valor dos produtos dos bens culturais imateriais no mercado, ao Registro do PCI, por outro lado, em sua acepção estrita, somente interessa reconhecer e valorizar os conhecimentos tradicionais.

As IGs funcionam muito mais como suportes de apoio e fomento ao PNPI, isto é, em materialização de objetivos e metas das ações e Planos de Salvaguarda mirando a sustentabilidade. Além disso, não recaem diretamente sobre o processo do modo do saber-fazer em si, mas sobre seus produtos, resultados, serviços, que possam ser atribuídos a esses conhecimentos tradicionais, necessitando, portanto, serem associados a mecanismos como o Registro do PCI. Referindo-se à titularidade de IGs por comunidades indígenas, mas em reflexão sobre suas vantagens que se estende a outros detentores de saberes tradicionais, Felipe Palau Ramírez (2012, p. 31), define-as como:

[...] monopólio coletivo que constitui uma barreira de entrada para terceiros produtores, pelo que as comunidades indígenas [também as demais tradicionais] podem manter um direito exclusivo de uso, e de outra parte, que as indicações geográficas não protegem o conhecimento em si mesmo contido na indicação geográfica, associado, por exemplo, ao procedimento de produção, para o qual se tem que procurar outras estratégias. Isso não é suficiente, as indicações geográficas são um instrumento adequado para converter o conhecimento coletivo e tradicional

patrimônio de uma comunidade em bem estar e progresso¹³⁷.

Além do mais, a ambiência territorial da localização dos bens culturais imateriais no Registro do PCI demonstra a presença mais forte e marcante da referência cultural. Não chega a representar uma circunscrição restrita. Podem haver bens culturais imateriais disseminados juntamente com seus detentores, no território brasileiro ou em outras regiões diferentes do referente dominante. Daí o problema de indicações de procedência demasiadamente vinculadas a localidades como Municípios e territórios menores, caso a IG paute-se pela delimitação do Registro.

É o que ocorre com o Modo de Fazer Irlandesa, cujo referente cultural é o modo de saber-fazer empregado pelas rendeiras do Município de Divina Pastora, Estado de Sergipe, mas igualmente aplicado e praticado em municípios e regiões da circunvizinhança, onde também é referência cultural. A indicação de procedência no INPI é atribuída somente à área delimitada pelos limites político-administrativos de Divina Pastora¹³⁸. A partir desse exemplo, pode haver consequências

¹³⁷ Tradução livre do original em espanhol: “[...] monopolio colectivo que constituye una barrera de entrada para terceros productores, por lo que las comunidades indígenas pueden mantener un derecho exclusivo de uso, y de otra parte, que las indicaciones geográficas no protegen el conocimiento en sí mismo contenido en la indicación geográfica, asociado, por ejemplo, al procedimiento de producción, para la que hay que buscar otras estrategias. Ello no es bastante, las indicaciones geográficas son un instrumento adecuado para convertir el conocimiento colectivo y tradicional patrimonio de una comunidad en bienestar e ingresos”.

¹³⁸ No caso do pedido de Registro do PCI da Renda Irlandesa com referência cultural em Divina Pastora é importante esclarecer alguns fatos do processo que podem ter influenciado o direcionamento para uma indicação de procedência restrita a esse ambiente geográfico. O pedido ao IPHAN decorreu dos resultados do “Programa Artesanato Solidário” (parceria entre SEBRAE, Caixa Econômica e CNFCP) que conjugou dimensões distintas em torno do modo de saber-fazer como valorização cultural, aprimoramento da produção da renda, investimento em infraestrutura, formação de novas rendeiras e melhoria das condições para o comércio (IPHAN, 2007b, v. 1, p. 10). Foi sugerida a ampliação dos territórios do Registro do PCI para o Estado de Sergipe porque a prática ultrapassa o Município, mas ficou como

negativas como produzir concorrências desnecessárias que prejudicam a solidariedade e a equidade intergeracional entre detentores de um mesmo fazer ou a replicação de pedidos ao INPI para proteção de outros produtos dessas outras localidades que fundamentalmente em nada diferem da indicação de procedência concedida.

Há outros problemas quanto à localização geográfica dos bens culturais imateriais registrados no IPHAN e ao uso corriqueiro das denominações dos conhecimentos tradicionais frente ao registro de IGs no INPI. Em virtude do artigo 180 da LPI, o nome geográfico de uso comum não pode ser considerado indicação geográfica. Dessa feita, embora o Modo de Fazer Queijo Minas tenha sido registrado com a abrangência das referências culturais das regiões do Serro, das serras da Canastra e do Salitre/Alto Paranaíba, por ter se tornado de uso comum¹³⁹, à denominação “Queijo Minas” jamais se poderia conceder indicação de

referência Divina Pastora, origem da transmissão do conhecimento tradicional. A Câmara do Patrimônio Imaterial do Conselho Consultivo quem sugeriu a manutenção do registro como se encontrava. Nas linhas de ação para salvaguarda alinhavadas pelo DPI, ao contrário do Queijo Minas, não sugeriram a adoção da indicação geográfica (IPHAN, 2007b, v. 3, p. 508), porém a IG foi concedida com base na localidade referente do Registro do PCI. Apesar de pela renda se identificar a autoria individual de uma ou mais rendeiras, a prática e o trabalho são coletivos e os desenhos na confecção das peças representam o seu cotidiano. De acordo com o Parecer técnico do DPI (IPHAN, 2007b, v. 3, p. 505): “A introdução de novos pontos significa prestigia a quem os incorpora, uma vez que a técnica de seu feito será repassada gradativamente a outras rendeiras. Elas são capazes de identificar a autoria de uma renda na maneira de executar os pontos e o controle de qualidade do produto advém dessa avaliação que a todo o momento realizam com as rendas que lhes são apresentadas. Encomendas de peças grandes, como uma colcha ou uma toalha de mesa, são divididas entre rendeiras que apresentam modos de execução dos pontos semelhantes. Visando tal tarefa, o debuxo é dividido entre as rendeiras e, ao final, a mestra do ofício que recebeu a encomenda deverá reunir o trabalho de todas formando a peça final”. Ao fim, na concessão do título de PCI brasileiro, o Parecer do Conselho Consultivo (IPHAN, 2007b, p. 541) ressaltou o trabalho coletivo das rendeiras.

¹³⁹ Segundo o artigo 181 da LPI, o nome geográfico comum, não protegido por indicação de procedência ou denominação de origem, pode ser elemento de marca de produto ou serviço, desde que não induza falsa procedência. Contudo, há de se observar também no registro de marcas dessa natureza as proibições absolutas e relativas de sinais não registráveis.

procedência. De outro modo, para diferenciarem a origem de seus queijos, embora no processo administrativo do Registro do PCI a instrução técnica afirme que há pouca diferença no fabrico e na qualidade dos produtos alimentícios artesanais, produtores da Canastra e do Serro requisitaram indicações de procedências distintas circunscritas a municípios específicos dessas regiões, ainda que tivessem se valido do mesmo Registro enquanto PCI para fundamentar seus requerimentos e comprovar os requisitos da IG.

Atualmente, este queijo pode ser feito em qualquer parte do nosso país, sendo denominado ‘queijo minas’ e tendo, portanto, tal expressão se tornado designativa de um tipo de queijo.

Por ter se tornado de uso comum, esta expressão não pode mais ser requerida como Indicação Geográfica para o referido produto. No entanto, ainda pode-se requerer a IG para o nome geográfico de uma determinada região, cidade e/ou município que comprove a forma de produção ou um produto ‘queijo minas’ diferenciado. Este é o caso de ‘Serro’ e de ‘Canastra’, duas Indicações de Procedências reconhecidas para queijo minas artesanal produzido na região centro-nordeste e na região centro-oeste, respectivamente, do estado de Minas Gerais (BARBOSA et. al., 2013, p. 18).

Por enquanto, as indicações de procedência seguem por singularidades geográficas particulares e específicas bem mais restritas do que os âmbitos referenciais culturais do Registro do PCI, no caso das IGs do Serro, da Canastra, de Divina Pastora e do Piauí (cajuína). Ou, em outros casos que se justificam ou se correspondem, tem-se as indicações de procedência como a de Goiabeiras, dimensionalmente restrita à área da cidade de Vitória no Espírito Santo.

Contudo, há outras vantagens para os modos de fazer e seus detentores. A rigor, as indicações de procedência têm caráter indeterminado. Não se submetem ou estão limitadas a prazo de proteção como outros instrumentos da PI. Sua única premissa é a continuidade da produção em atenção ao regulamento de uso (BARBOSA et. al., 2013, p. 17). Enquanto o processo de produção do conhecimento tradicional existir, ou seja, houver continuidade, empregabilidade e transmissão, seus detentores serão resguardados, “não existem limitações temporais para o gozo dos direitos, o âmbito de proteção se adequa aos direitos culturais e

tradicionais¹⁴⁰,” (RAMÍREZ, 2012, p. 28). Nesse ponto, por não haver limitações temporais, as indicações de procedência atendem aos interesses de comunidade tradicionais que lidam com saberes ancestrais antiquíssimos que eventualmente, por outros mecanismos, estariam desprotegidos com o fim do prazo temporal (RAMÍREZ, 2012, p. 29-30).

A manutenção do processo de produtos e serviços, advindos dos bens culturais imateriais registrados como conhecimentos tradicionais, galga reforço nas indicações de procedência. Enquanto forem mantidas as particularidades essenciais, próprias e inconfundíveis dos produtos e serviços, conforme o regulamento de uso, a IG vigorará no âmbito da coletividade de detentores abrangidos pela delimitação geográfica, não podendo ser objeto de cessão, licença e transferência, pois são gravadas de inalienabilidade e indivisibilidade (BARBOSA, et. al., 2013, p. 21; LIXINSKI, 2013, p. 194).

Ademais, ainda que haja modificações, inovações e incrementos nas técnicas de produção desses conhecimentos tradicionais, próprias do transcurso do tempo e das transformações criativas, isso não invalida a indicação de procedência. Sabe-se que é característica desta espécie de PCI a mutabilidade decorrente da atualização cotidiana de seu emprego e vivência pelos detentores. Como na revalidação do Registro do PCI, se houver mudanças nas formas do regulamento de uso, o que tem de ser avaliado é se os produtos ou serviços permanecem portando os mesmos elementos essenciais e reputação.

Além disso, a indicação geográfica não permanece estática com o transcurso do tempo, pois podem modificar-se as regras e práticas associadas. Na relação com este ponto resulta imperativo determinar qual é o conteúdo essencial ou quais são as características essenciais dos produtos tradicionais protegidos e o alcance das trocas permitidas em relação com o produto e o procedimento objetivo da indicação geográfica¹⁴¹ (RAMÍREZ, 2012, p. 30).

¹⁴⁰ Tradução livre do original em espanhol: “[...]“no existen limitaciones temporales para el goce de los derechos, el ámbito de protección se adecúa a los derechos culturales y tradicionales [...]”

¹⁴¹ Tradução livre do original em espanhol: “Además, la indicación geográfica no permanece estática con el transcurso del tiempo, pues pueden modificarse las reglas y prácticas asociadas. En relación con este punto

As IGs, na modalidade indicação de procedência, não são os únicos instrumentos da PI utilizados por comunidades tradicionais que têm seus bens culturais imateriais registrados pelo Decreto nº 3.551/2000 como patrimônio cultural brasileiro. Na avaliação dos processos administrativos, diante dos aparentes efeitos limitados do Registro do PCI, detentoras também estão associando produtos artesanais a Marcas Coletivas. É o caso das comunidades tradicionais ribeirinhas do Baixo Amazonas reconhecidas pelo seu modo de fazer cuias. Diferentemente do caso da Viola-de-Cocho, tem-se um uso positivo e propositivo das marcas a favor do PCI.

Atualmente, as marcas coletivas vêm ganhando destaque por serem um sinal distintivo – de uso coletivo – dos grupos de indivíduos articulados em contextos tradicionais de produção de base familiar, comunitária e associativa, agregando valor a produções locais e regionais (PERALTA; SILVA, 2011, p. 74-75).

O uso das marcas, geralmente, é forma de agregar valor a um determinado produto ou serviço disposto no mercado, certificando sua origem e identificando-o. Pelas comunidades tradicionais sua utilização frequente é maneira de atestar certa “autenticidade” diante de falsificações ou reproduções massificadas de produtos artesanais, isto é, o objetivo é impedir terceiros de se apropriar indevidamente do seu fazer atribuindo-lhe outra proveniência ou produtores (LIXINSKI, 2013, p. 193). Nesse sentido, as Marcas Coletivas são instrumentos-obstáculos para as indústrias culturais e à cultura de massa. Na definição de Sydney do Amaral Rocha Filho (2009, p. 66-67):

Marca coletiva é aquela registrada por associação como sua propriedade e para distinguir no mercado os feitos de seus associados diferenciando-os dos não associados, apesar de os produtos poderem ser parecidos; pertence a uma associação que torna claro seu regulamento no qual indica quem pode usar a marca e as condições para se associar; as condições de uso da marca, quando tal uso pode ser

resulta imperativo determinar cuál es el contenido esencial o cuáles son las características esenciales de los productos tradicionales protegidos y el alcance de los cambios permitidos en relación con el producto y el procedimiento objetivo de la indicación geográfica”.

proibido e outros dados importantes. A marca coletiva pode ser constituída de nome geográfico de onde se origem os produtos.

[...]

A marca coletiva pertence à associação e não a seus sócios que detêm o direito de uso de marca, tão somente. A marca coletiva não é utilizada por seu titular, mas sempre pelos membros da associação.

Segundo conceito normativo da LPI, em seu artigo 122, inciso III, Marca Coletiva é todo sinal distintivo registrável usado para identificar produtos ou serviços provenientes de membros de determinada entidade. O registro garante ao titular uso exclusivo em todo território nacional (artigo 129 da LPI). Porém, diversamente das IGs em que os requerentes apenas representam a coletividade, os titulares da Marca Coletiva são as pessoas jurídicas representativas que a requerem, podendo exercer atividades distintas de seus membros. Porém, por força do artigo 128, § 1º, da LPI, se forem pessoas de direito privado só podem requerê-la se a marca estiver associada direta, efetiva ou licitamente às atividades que exerçam, ou por meio de sociedades empresárias que controlem.

Por conseguinte, pela própria natureza de sua definição, afastam-se as pessoas físicas de sua titularidade, ao contrário da IG que pode ser concedida a indivíduos produtores únicos. Assim também, não necessitam que o produto ou serviço esteja vinculado a um território geográfico, salvo se seu regulamento de utilização dispor de forma diversa. Contudo, o uso do sinal distintivo é possível de ser individualizado pelos integrantes da pessoa jurídica que detém a titularidade da Marca Coletiva. A distinguibilidade de outros produtos e serviços é marcada por seu uso coletivo entre os membros, ou seja, há singularidade na titularidade de entidades como associações ou cooperativas, mas o uso é coletivo, claro de quem fizer parte do ente jurídico.

Há, nisso, certa desvantagem aos detentores do PCI registrado, pois, necessariamente, teriam de constituir pessoa jurídica se quisessem obter Marca Coletiva. Porém, quanto ao regulamento de utilização, semelhante ao regulamento de uso das IGs, os associados à entidade coletiva podem decidir de acordo com suas normas de organização social e as tradições de seu saber-fazer de que maneira pretendem vincular a Marca Coletiva aos seus produtos. Pelo disposto na LPI, em seu artigo 150, os membros da coletividade não necessitam de licença para usá-la, somente devem seguir os preceitos do regulamento de utilização.

Igualmente às demais marcas, a Marca Coletiva também está sujeita às vedações do que não é registrável do artigo 124 da LPI. Nesse ponto, os detentores do PCI têm de ter certa cautela e certo grau de criatividade para registrar marca distinguível que não se confunda com nominativos e figuras comuns de interesse público. O próprio ato declaratório do Registro do Decreto nº 3.551/2000 é uma prova da proteção de interesses transindividuais.

O regulamento de utilização da Marca Coletiva é, em verdade, uma autorregulação e uma autogestão (PERALTA; SILVA, 2011, p. 81). Ele é obrigatório, pois é a norma que dispõe sobre em quais condições a marca será utilizada e por quem, bem como contém as proibições e sanções a usos indevidas do sinal coletivo (artigo 147 da LPI). A Instrução Normativa do INPI nº 19/2013 trata da apresentação e do exame do regulamento de utilização referente à Marca Coletiva.

A IN nº 19/2013 fornece um modelo facultativo de regulamento para os requerentes que desejam obter a Marca Coletiva. Além da qualificação da pessoa jurídica que solicita o registro da marca e as condições de renúncia, seu artigo 3º prescreve que o regulamento obrigatoriamente deve conter os requisitos para filiação a entidade coletiva titular e os qualificadores de autorização de seus membros para uso da marca, além das condições de uso, forma de apresentação, aspectos do produto ou serviço e sanções. Assim como as IGs, a Marca Coletiva tem a vantagem de permitir a inserção de alterações nos seus usos provocadas pela mutabilidade e pela continuidade dos bens culturais imateriais. Por essa razão, o artigo 149 da LPI e o artigo 5º da IN nº 19/2013 permite que mudanças sejam realizadas no regulamento de utilização, desde que comunicadas, analisadas e posteriormente publicadas pelo INPI.

As alterações no regulamento são atos de natureza privativa da coletividade. Os detentores do Registro do PCI podem, de acordo com sua autonomia e autodeterminação, decidir as melhores formas de associação da marca aos produtos de seu saber-fazer. Igualmente às demais marcas, a Marca Coletiva vigorará por dez anos, mas, da mesma forma, pode ser objeto de prorrogação, o que é interessante para acompanhamento da continuidade da existência das comunidades de detentores do PCI e auferir o uso do sinal distintivo pelos membros da entidade coletiva titular. Porém, inevitavelmente, assim como a IG pode ser extinta com o desaparecimento do produto ou serviço notabilizado e reputado em determinada região geográfica, as Marcas Coletivas extinguem-se com o fim da entidade ou quando não há observância do regulamento de utilização (artigo 151 da LPI).

Além disso, em virtude do artigo 142 da LPI, tais quais as outras marcas, se expirado o prazo de sua vigência, se houver renúncia do titular ou se ocorrer a caducidade da marca (desuso da marca após cinco anos do registro, interrupção consecutiva pelo mesmo período, ou dentro desse prazo ter sido modificado seu caráter distintivo constante no certificado de registro inicial), a Marca Coletiva deverá ser extinta. No caso de renúncia, a sua forma tem de estar prevista no ato constitutivo da pessoa jurídica titular da Marca. Para fins de averiguação da caducidade, a comprovação do uso preserva o caráter coletivo do sinal distintivo, devendo sempre ser usada por mais de uma pessoa autorizada (artigo 153 da LPI).

Por essa descrição analítica da legislação sobre Marcas Coletivas, vê-se que, associadas ao Registro do PCI, esse sinal distintivo, juntamente com o *status* de reconhecimento do instrumento de salvaguarda, torna o produto de modo de saber-fazer tradicional um diferencial em relação a outros objetos produzidos massivamente em caráter industrial. Além disso, analogamente às IGs, contribuem para a sustentabilidade econômica dos bens diante da concorrência de falsificações ou apropriações indevidas de terceiros. O aspecto decisório sobre as condições de utilização pela própria comunidade interessada, ainda que mediada pela representatividade da titularidade de pessoa jurídica, fortalecem a identidade cultural e o controle dos detentores sobre os destinos dos resultados de seus conhecimentos tradicionais:

[...] as marcas coletivas passaram a ser instrumentos auxiliares no desenvolvimento de comunidades, ajudando na construção e na comunicação de uma identidade coletiva de produtos locais que passaram, com isso, a conseguir quebrar as barreiras de inserção no mercado, não só conquistando novos pontos de venda, mas facilitando também a construção de um elo específico entre produtores e consumidores, dada a possibilidade de reconhecimento de autoria no terreno do artesanato tradicional. Inseridas no contexto do fortalecimento regional, as marcas coletivas podem ser entendidas, portanto, como uma resposta ao processo de globalização e massificação da produção (PERALTA; SILVA, 2011, p. 75).

No âmbito do Registro do Modo de Fazer Cuias, as ribeirinhas de Santarém, por meio de sua associação, criaram a Marca Coletiva Áira

para distinguir os padrões iconográficos de seu artesanato. O Registro desse PCI foi precedido de políticas públicas empreendidas pelo CNFCP, através dos projetos “Programa Cuias de Santarém”, “Programa de Apoio a Comunidades Artesanais”, “Projeto Celebrações e Saberes da Cultura” (IPHAN, 2010c, v. 1).

Como recomendações no Plano de Salvaguarda da pesquisa oriunda do INRC, presente no Dossiê Descritivo, ateu-se à experiência consolidada da Associação das Artesãs Ribeirinhas de Santarém, em virtude da organização do ciclo de produção e comercialização das cuias. Nos eixos de divulgação e comercialização das ações de salvaguarda, orientou-se para que, futuramente, houvesse a realização de eventos comemorativos do registro das cuias como patrimônio imaterial e, igualmente, da Marca Coletiva Aíra, bem como se realize ações de *marketing* do signo distintivo da associação (IPHAN, 2010c, v. 2, p. 203).

O pedido de registro no INPI da marca mista coletiva Aíra, pelas ribeirinhas paraenses, ocorreu concomitantemente com o processo de Registro como bem imaterial. A marca pode ser associada aos seguintes produtos, não exclusivamente às cuias: vasos para flores, taças e travessas para frutas, verduras e legumes, porta-guardanapos, utensílios domésticos, arranjos de plantas, copos, baixelas e tigelas.

As associações propositivas entre PCI e PI são positivas para a defesa dos direitos coletivos dos detentores de modos de saber-fazer e prevenção dos conflitos. A confusão interpretativa sobre os efeitos imediatos, antes e durante o Registro PCI de alguns casos, alimentada pela estratégia dos detentores de solucionar litígios de outras ordens reafirmaram essa importância. Assim, faz-se necessário analisar as razões fáticas que levaram o Ofício das Paneleiras de Goiabeiras e o Modo de Fazer Queijo Minas a sobrepor o instrumento de reconhecimento com as IGs.

4.4.1 O caso do Ofício das Paneleiras de Goiabeiras

O ofício das Paneleiras de Goiabeiras, juntamente com a Arte Kusiwa dos Wajãpi, foi um dos primeiros bens a serem registrados, segundo o mecanismo de reconhecimento e valorização do Registro do PCI (IPHAN, 2002a). A motivação central do pedido da Associação das Paneleiras de Goiabeiras era proteger o modo artesanal de fazer panelas de barro, em virtude de conflito inicialmente surgido como questão ambiental, com a instalação de obra de saneamento em local de onde extraem a argila para fabricação dos utensílios domésticos usados para

cozinhar a moqueca e a trota capixaba, que se iniciou antes do reconhecimento como patrimônio brasileiro.

Desde o início da década de 1990, o Estado do Espírito Santo tinha projeto de implantação de um aterro sanitário em terreno usado pelas Paneleiras de Goiabeiras para extração de sua matéria-prima. Após intensa mobilização social ao final dos anos noventa, com apoio dos meios de comunicação, secretarias de governo do Município de Vitória requereram o tombamento da área, pelo valor cultural depositado pelas Paneleiras na região. Se por um lado havia a defesa do Estado do direito à saúde em benefício de numerosa parcela da população, de outro havia a reivindicação de direitos culturais pelas detentoras do ofício (QUEIROZ, 2016, p. 186-187). Como resultado dessa mobilização, a Companhia Espírito-Santense de Saneamento – CESAN comprometeu-se a suspender o projeto até que fossem realizadas pesquisas de solo para encontrar outras potenciais fontes de argila para as Paneleiras, o que não obteve resultados positivos.

Novamente, em 2001, um ano após a edição do Decreto nº 3.551/2000, a CESAN retomou o projeto. À época, a Associação foi ao Ministério Público Estadual do Estado do Espírito Santo para garantir que obra de saneamento da Companhia Espírito-Santense de Saneamento, no Vale do Mulembá, não compromettesse a extração da argila que é matéria-prima para a produção de panelas de barro (IPHAN, 2002a, v.II, p. 25). A entidade procurou encontrar soluções na própria Lei Municipal de Vitória para Preservação dos Bens e Material de Cultura.

A CESAN e a Secretaria de Estado e Obras Públicas do Espírito Santo firmaram acordo com a Associação, na modalidade permissão de uso (IPHAN, 2002a, v.II, p. 121-123), para que as paneleiras pudessem ocupar a área do Vale na qual tradicionalmente trabalhavam e explorar a jazida de argila que poderia ser comprometida com a estação de tratamento. A Secretaria de Transportes e Obras Públicas concordou em enviar esforços nacionais e internacionais para que as panelas de barro recebessem selo de qualidade, se instalassem no aeroporto para comercialização de suas criações, e que fosse garantida a máxima publicidade do ofício em material publicitário e de propaganda responsáveis por difundir a cultura do Estado.

Essas providências só foram tomadas após a atuação do IPHAN no caso. Com expectativas em torno da constituição de direitos, em março de 2001, a Associação das Paneleiras de Goiabeiras solicitou o Registro do seu ofício como modo de fazer panelas de barro. As Paneleiras tinham a compreensão que o mecanismo de reconhecimento e valorização de

bens culturais imateriais garantiria a continuidade da extração da argila e o fabrico das painéis no local tradicionalmente por elas ocupado.

Diante do risco da perda do patrimônio, antes do requerimento, com base no argumento de pesquisa do INRC em curso, a 6ª Superintendência Regional do IPHAN (IPHAN, 2002a, p. 114) encaminhou notificação à CESAN ressaltando a importância da matéria-prima no processo de identificação do ofício como PCI. Já no transcurso do Registro, em junho de 2001, o referido termo de permissão de uso fora assinado, depois de intensas negociações entre a APG e a CESAN. O Termo sopesa os direitos culturais das paineliras, garantindo a continuidade do ofício com acesso ao barreiro, e os direitos sociais da população capixaba à saúde, com a construção, instalação e funcionamento da estação de tratamento de esgoto.

Para além da questão do barreiro, algo identificado no INRC, também presente nas preocupações das ações de salvaguarda pós-Registro, foi a crescente demanda pelas painéis e a valorização do ofício. A visibilidade criada pela reputação e notoriedade do saber-fazer e sua continuidade histórica, pelos litígios e a defesa dos direitos culturais das Paineliras, e pelo Registro, alertou às detentoras para a necessidade de proteger seu saber de maneira coletiva. De início, o mecanismo do Registro do PCI se apresentou como solução, porém o processo de titulação encarregou-se de desmistificar suas interpretações sobre os efeitos do instrumento.

Assim, reforçando ideia advinda com a construção do Decreto nº 3.551/2000, o Parecer do Conselho Consultivo (IPHAN, 2002a p. 274), ao traçar seu histórico de formulação, trata a questão da propriedade intelectual coletiva como embaraço não resolvido. Segundo o parecerista (IPHAN, 2002a p. 275), trata-se de frente adiada de maneira declarada em função “da imbricação da matéria no horizonte jurídico-político mais amplo: o da regulação das novas frentes de direitos coletivos emergentes”, ainda que o IPHAN tivesse ciência das expectativas das paineliras diante dos conflitos com o barreiro e o aumento da procura pelo mercado por suas painéis e, conseqüentemente, o crescente número de falsas atribuições a outros tipos de painél. Segundo o relator do Conselho, na fase decisória (IPHAN, 2002a p. 275):

O quarto embaraço se configurava no tocante às formas de articulação de uma eventual salvaguarda de práticas sociais ou ‘monumentos vivos’ com a lógica do mercado capitalista hegemônico nas sociedades modernas. particularmente sob a forma de direitos de ‘propriedade intelectual’ dotados de

valor de troca. A matéria é lindeira aos novos direitos ao patrimônio genético e importa em decisões nacionais inextricáveis das condições internacionais em que vêm se estabelecendo – com grandes tensões – essas novas relações, não convencionais, entre mercado e propriedade.

Por essa frustração com o Registro do PCI, as Paneleiras recorreram à IG para proteger os produtos do seu fazer. A combinação do mecanismo de reconhecimento associado à indicação de procedência pode ser sintetizada no reforço conferido pela IG presente em cartilha distribuída pelo SEBRAE (2011, p. 16), parceiro técnico da APG no registro junto ao INPI, para divulgar o ofício: “A IG constitui um instrumento de desenvolvimento econômico que convém ser preservado e protegido. É um bem público, um patrimônio nacional, cujo uso é restrito aos produtores e prestadores de serviços estabelecidos no local”.

Antes da adoção da indicação de procedência, no próprio processo do Registro, havia notícia de que o Governo do Estado do Espírito Santo criou o selo “Raiz da Cultura Capixaba” para certificar a autenticidade das painelas produzidas pelos membros da associação. A grande preocupação era que o selo pudesse ser falsificado. Diferentemente da indicação geográfica, o selo tinha a finalidade de valorizar o trabalho das paneleiras, mas o próprio Estado do Espírito Santo admitiu, a partir do seu uso, combater a falsificação e fiscalizar o uso do selo, recorrendo, quando necessário, aos órgãos de segurança pública.

Nesse sentido, o Registro do PCI e as IGs, propositivamente, fortalecem a sustentabilidade do bem cultural imaterial. Enquanto o Registro agrega valor cultural e identitário, as indicações agregam valor econômico aos produtos do saber-fazer tradicional, com vistas a protegê-los de imitações e certificar o consumidor sua proveniência (IPHAN, 2006c, p. 102).

4.4.2 O caso do Modo Artesanal de Fazer Queijo de Minas

Outro caso de associação propositiva entre Registro do PCI e IGs, como meio de fortalecer a proteção aos conhecimentos tradicionais de seus detentores, é o do reconhecimento do modo de saber-fazer o Queijo de Minas, queijo de leite cru – artesanal – produto associado a regiões geográficas delimitadas no Estado de Minas Gerais. Inicialmente, o pedido de reconhecimento no IPHAN restringia-se somente ao queijo da região do Serro, sendo posteriormente ampliado. Como visto

anteriormente, muito embora tenha ocorrido essa extensão, as associações de produtores de duas das regiões reconhecidas como centros desses *savoir-faire* requisitaram no INPI indicações de procedência distintas, cada qual com o nome geográfico de sua área no território mineiro.

A primeira delimitação geográfica apenas referente à região do Serro já se encontrava nos documentos comprobatórios da justificativa do Registro do bem imaterial (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 44). A instrução inicial do pedido ressaltou a dificuldade de empreender medidas contra a exploração indevida do queijo diante da inexistência de qualquer tipo de certificação de origem (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 45). Porém, não obstante a expectativa de efeitos similares com o Registro, não havia delimitação geográfica bem definida, nem referência à legislação sobre indicação geográfica no requerimento. Todavia, dentre as causas do pedido, a ênfase maior estava na descaracterização do produto (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 49), em virtude do choque entre exigências sanitárias e os valores culturais na produção do bem, ausência de certificação de origem e padronização do processo artesanal. Igualmente o caso das Paneleiras, aqui também há colisão entre o direito objetivo de todos à saúde e o direito coletivo dos produtores à cultura.

Dessa forma, o pedido inicial pugnava pela necessidade de normas de vigilância sanitária que fossem compatíveis com a natureza do bem (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 54). Para tanto, espelhava-se no tratamento conferido pela legislação francesa a produtos tradicionais, a fim de que o Registro tivesse consequências similares aos registros de certificações de origem e denominações de origem controlada. Nesse caminho, alertava para os usos indevidos da denominação “Queijo do Serro” com a industrialização e massificação da produção do queijo, comprometendo seu aspecto artesanal.

Segundo o pedido, o Queijo Minas do Serro sofria com investigações do Ministério Público Estadual, que, mesmo em 2001, ainda aplicava o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, do Decreto nº 30.961, de 29 de março de 1952. De acordo com a norma, o queijo só poderia ser de leite integral, padronizado ou pasteurizado, o que punha o queijo do Serro em situação de ilegalidade.

Outras regulamentações sanitárias posteriores, como a Resolução nº 7, de 28 de novembro de 2000, conjugada com Portaria Ministerial nº 574, 08 de dezembro de 1998, disciplinaram o processo produtivo de variações do Queijo Minas, dentro eles o do Serro, mas aplicaram técnicas incompatíveis com as tradicionais, dentre elas a do período de maturação e uso de utensílios de madeira. Em 2002, o Estado de Minas Gerais

conjugou os interesses dos produtores rurais com uma maior atenção à saúde do consumidor, conforme o dossiê do Registro (IPHAN, 2006a, p. 59): “O Estado – por suas empresas e institutos – e associações de produtores melhoraram as condições de produção do queijo artesanal investindo em controle sanitário do rebanho e melhoria das queijarias das fazendas”.

A Lei do Estado de Minas Gerais nº 14.185, de 31 de janeiro de 2002, apesar de dispor sobre o processo de produção do Queijo Minas, definiu o queijo como tradição histórica e cultural da região na qual fosse produzido. Essa legislação inovou ao prever mecanismo semelhante à certificação de origem, no qual os produtores artesanais poderiam ostentar o nominativo no produto ou na embalagem do produto que atendessem as regras de processamento previstas na lei e as características específicas do seu regulamento (Decreto nº 42.645, de 5 de junho de 2002), assim como aquele que fosse produzido nas áreas demarcadas poderiam gravar a indicação da região de origem (IPHAN, 2006a, p. 116). Outras normas complementares, como a Portaria nº 518, de 14 de junho de 2002 sobre requisitos básicos das instalações, materiais e equipamentos, para a fabricação do queijo minas artesanal, e a Portaria nº 523, de 3 de julho de 2002, sobre condições higiênico-sanitárias e boas práticas na manipulação e fabrico do queijo, não foram suficientes para retirar a produção artesanal da listagem de atividades clandestinas contra a saúde pública.

Há manifestação da Secretaria de Cultura de Minas, no processo do Registro, nutrindo a crença de que o registro poria fim às exigências burocráticas da vigilância sanitária. Curiosamente, apesar do apelo social do requerimento, o pedido teve que ser complementado com a declaração formal e a anuência das comunidades envolvidas (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 70). Como apoio, houve abaixo-assinado de campanha de entidades engajadas na campanha de valorização do Serro, de pessoas vinculadas ao setor queijeiro, produtores, comerciantes e agentes de turismo, figuras públicas de Minas empenhadas na defesa do PC (IPHAN, 2006e, v. 1, p. 82). Desde a fase de instrução, o DPI do IPHAN (IPHAN, 2006e, v. 3, p. 395-396, grifos em itálico originais), em seu parecer técnico, já ventilava como medida de salvaguarda o registro do queijo como IG:

Os produtores têm procurado se associar e adotar medidas que lhes garantam os certificados emitidos pelas agências do poder público. Mas, há objetivos a longo prazo. Um deles é chegar a padrões como os sistemas europeus de denominação de origem, especificamente o modelo francês de Origem

Controlada. A Denominação de Origem Controlada (*Appellation d'Origine Controlée*) protege o produto.

A sobreposição entre IG e Registro do PCI para valorização do bem cultural imaterial e fortalecimento econômico da atividade de queijeiro, foi posta nas recomendações de salvaguarda do relato técnico do DPI (IPHAN, 2006e, v. 3, p. 396), nos seguintes termos: “Fomentar estudos, reuniões e parcerias que venham a permitir a aplicação de legislação referente à Denominação de Origem Controlada e Certificação Geográfica”.

Em virtude da conclusão técnica dos estudos do INRC sobre o modo de fazer, o IPHAN concluiu que o conhecimento tradicional era compartilhado também nas regiões da Canastra, Salitre/Alto Paranaíba. Por isso, houve ampliação do pedido inicial para reconhecimento do Queijo Minas do Serro. Essa mudança foi objeto de contestação por parte dos subscritores do requerimento do Registro, muito em razão da crença que o mecanismo conferiria aos produtores da região certificação similar às IGs. Contudo, como já visto anteriormente, o Registro manteve a extensão geográfica ampliada, e, posteriormente, se desdobrou, até o presente momento, em duas indicações de procedência distintas a pedido de produtores com interesses diferentes que participaram do processo de reconhecimento do queijo como bem imaterial.

Não obstante a expectativa e o conflito entre os produtores de queijo de regiões distintas, em discussão na Câmara do Patrimônio Imaterial, o DPI (IPHAN, 2006e, v. 4, p. 408) sinalizou aos detentores os efeitos imediatos do Registro, esclarecendo a finalidade da titulação:

[...] os pedidos de registro de comidas, quase sempre voltados para o reconhecimento da originalidade, autenticidade e autoria exclusiva de suas receitas [...] só se constituem patrimônio cultural no contexto de celebrações, de rituais, de formas de sociabilidade, de conhecimentos tradicionais socialmente partilhados, isto é, de saberes e fazeres criados, recriados, reiterados e transmitidos coletivamente, por grupos sociais identificados.

Além disso, houve o aumento de apoios ao Registro *a posteriori*, porém, muitos deles, ainda contestando a ampliação da ambiência

territorial da referência cultural. A mobilização ocorreu após a Ex-Presidenta da Associação dos Amigos do Serro, a advogada Maria Coeli Simões, utilizar-se do prazo do Aviso no DOU para contestar a ampliação do Registro, em virtude da descaracterização do pedido original. Para a associação, cada queijo deveria ter um registro específico, já que houve ampliação do objeto de proteção a partir dos estudos realizados pelo IPHAN (2006e, v. 4, p. 410-412). Isso não ocorreu, mas influenciou a concessão de duas indicações de procedência distintas no INPI.

Longe das dissidências, o Parecer do Conselho Consultivo foi favorável à inscrição do modo de fazer Queijo Minas como referência cultural nas regiões do Serro, da Canastra e Salitre/Alto Paranaíba. Sem adentrar na questão dos efeitos assemelhados às IGs, permaneceu vinculado à descrição do modo de saber-fazer.

O caso do Queijo Minas, juntamente com os demais apresentados neste tópico, demonstra como a salvaguarda do PCI, através do mecanismo de reconhecimento e valorização do Registro, sobreposta a instrumentos da propriedade intelectual de uso coletivo, pode prevenir litígios com terceiros estranhos a continuidade e transmissão dos bens culturais imateriais que se apropriam indevidamente de expressões e conhecimentos tradicionais. Ainda assim, tratam-se de mecanismos cujo cerne é criar proteções para explorações comerciais dos produtos resultantes dos processos de formação, produção e reprodução cultural, vistos como mercadorias, independentemente de seu valor simbólico, de memória e identidade e de seu elemento de composição para sua perpetuação entre novas gerações de detentores em seus povos, comunidades e grupos tradicionais. Não há, de pronto, a dissociação entre valores culturais e econômicos, questiona-se somente o superdimensionamento dos segundos em detrimento dos primeiros.

Nesse sentido, inobstante a interpretação jurídica dos detentores e/ou seus direitos costumeiros a desvelarem *efeitos mediatos implícitos constitutivos* do Decreto nº 3.551/2000, a norma regulamentar do instrumento de reconhecimento demonstra-se frágil para traçar limitações a terceiros que fazem de expressões e conhecimentos tradicionais, objeto de exploração econômica frente ao mercado ou outros usos que ocasionem danos culturais coletivos a formas de organização social e modos de vida dos detentores, dado a ocidentalização do quadro jurídico moderno que privilegia a apropriação do comum, a livre iniciativa de mercado e o direito de propriedade.

Dessa forma, depreende-se da análise deste conjunto de casos que é necessária uma mudança legislativa na configuração normativa do Registro do PCI, no âmbito federal, para previsão expressa, em seus

efeitos, de direitos intelectuais coletivos especiais de povos, comunidades e grupos tradicionais sobre seu PCI¹⁴². Se, por outro lado, a razão do Registro é reconhecer e valorizar, ainda assim, nada obsta a criação de legislações específicas para, assim como as IGs e as Marcas Coletivas, serem a ele associadas. Nas palavras de Regina Abreu (2009a, p. 40-43),

Não se trata mais de expressar um caráter jurídico definidor de propriedade estatal ou privada de um recurso material, mas sim de bens materiais e imateriais, cujo valor reside fundamentalmente na possibilidade na necessidade de seu uso coletivo, garantindo o mais amplo possível acesso da população a eles, posto que constituem recursos essenciais para a garantia de vida digna da população humana, inclusive as futuras gerações [...]

O grande desafio consiste em criar uma legislação que compreenda interesses coletivos, uma vez que o conjunto de leis sobre propriedade intelectual protege apenas a criação individual.

¹⁴² A Constituição do Estado Plurinacional Comunitário da Bolívia reconhece como direito das nações e povos indígenas originários camponeses de seu território, no artigo 30 (11), a propriedade intelectual coletiva desses sujeitos de direito sobre seus saberes, ciências, conhecimentos, assim como a valorização, uso, promoção e desenvolvimento. Nessa perspectiva constitucional, a proteção da propriedade intelectual coletiva e a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial caminham lado a lado. O Estado boliviano protege expressões e conhecimentos de seus sujeitos coletivos em duas frentes, a do reconhecimento e valorização da identidade (artigo 100. I), tal como faz a Constituição Federal de 1988 e o Registro do PCI, apoiada por ações de fomento, promoção, difusão (artigos 98.II e 99.II), e a da proteção de direitos exclusivos sobre seus saberes e conhecimentos. Segundo o artigo 100. II, os conhecimentos tradicionais integrantes da diversidade cultural boliviana, base essencial do Estado Plurinacional, são protegidos mediante o registro da propriedade intelectual que salvguarde os direitos intangíveis de nações, povos indígenas, povos originários camponeses e comunidades interculturais e afrobolivianas. Para os bolivianos, o patrimônio cultural do povo é inalienável, inembargável e imprescritível (artigo 99.I). Ao lado da propriedade intelectual individual, conforme o artigo 102, o Estado também confere proteção à propriedade intelectual coletiva a obras e invenções, nos termos da lei.

Esta recomendação não é nenhuma novidade. Está prevista normativamente no Plano Nacional de Cultura (Lei nº 12.343/2010), entre as estratégias e ações para o fortalecimento da institucionalização das políticas culturais e intensificação do planejamento de programas e ações voltadas ao campo cultural a fim de consolidar a execução das políticas públicas para cultura.

1.9.5 Criar marcos legais de proteção e difusão dos conhecimentos e expressões culturais tradicionais e dos direitos coletivos das populações detentoras desses conhecimentos e autoras dessas manifestações, garantindo a participação efetiva dessas comunidades nessa ação.

[...]

1.9.9 Promover a defesa de direitos associados ao patrimônio cultural, em especial os direitos de imagem e de propriedade intelectual coletiva de populações detentoras de saberes tradicionais, envolvendo-as nessa ação.

1.9.10 Garantir aos povos e comunidades tradicionais direitos sobre o uso comercial sustentável de seus conhecimentos e expressões culturais. Estimular sua participação na elaboração de instrumentos legais que assegurem a repartição equitativa dos benefícios resultantes desse mercado.

1.9.11 Estabelecer mecanismos de proteção aos conhecimentos tradicionais e expressões culturais, reconhecendo a importância desses saberes no valor agregado aos produtos, serviços e expressões da cultura brasileira.

Ainda que não se trate de criar outros exclusivos de propriedade intelectual, o patrimônio cultural imaterial não deixa de ser um *common* que precisa ser regulado por uma ideia de *res universitatis* (LIXINSKI, 2013, p. 204), isto é, domínios não exclusivos cujos sujeitos coletivos responsáveis por sua continuidade e transmissão dispõem de controles de governança e de limites de disponibilidade de bens culturais imateriais a terceiros estranhos a suas comunidades tradicionais.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 instaurou Estado Sociocultural Democrático de Direito em que a garantia dos direitos culturais espelha o resultado do reconhecimento do pluralismo e da diversidade cultural brasileira. Os direitos culturais são aqueles referentes à proteção transtemporal de toda produção humana relacionada às artes, à memória coletiva e aos fluxos de saberes, fazeres e viveres, com vistas à realização do princípio (valor) da dignidade humana, tanto dos indivíduos, quanto de grupos e coletividades, encontrados em todas as dimensões de direitos fundamentais.

As normas constitucionais da cultura disciplinam campo jurídico autônomo regido por princípios orientadores e irradiadores das matérias e conteúdos culturais dos direitos culturais. O direito fundamental ao patrimônio cultural imaterial (PCI) representa conquista legítima de grupos formadores da sociedade brasileira, como povos indígenas, grupos étnico-raciais e comunidades tradicionais, cujos valores e bens culturais, juntamente com esses sujeitos de direitos coletivos, foram invisibilizados, marginalizados ou excluídos do histórico da proteção do patrimônio cultural brasileiro no qual se nota, durante boa parte do século XX, a ausência de sua salvaguarda pelo organismo de proteção federal do patrimônio cultural, o IPHAN.

A Constituição Federal conferiu a essas coletividades o *status jurídico* de sujeitos de direitos coletivos sobre seu próprio patrimônio cultural imaterial, bastando que os bens sejam portadores de referência cultural da identidade, memória e ação desses grupos. A emergência do patrimônio cultural imaterial de natureza viva, processual, dinâmica, mutável, fez com que, no âmbito federal, houvesse a criação do mecanismo de salvaguarda de bens culturais imateriais denominado Registro, regulamentado pelo Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, e do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI.

Com o mecanismo e as ações e políticas de salvaguarda, veio à tona a expectativa de detentores de expressões e conhecimentos tradicionais para reconhecimentos de direitos coletivos, mormente direitos intelectuais sobre seus bens culturais imateriais registrados, o que resta evidenciado no surgimento de conflitos entre esses sujeitos e terceiros estranhos à transmissibilidade, continuidade, produção e reprodução cultural desse patrimônio que se apropriam indevidamente de formas de expressão e modos de saber-fazer sem sua autorização ou participação, requerendo assim atuação do IPHAN para mediar ou solucionar esses litígios.

Isso posto, o Registro do PCI possui efeitos imediatos explícitos declaratórios de reconhecimento e valorização dos bens culturais imateriais dos detentores obrigando o Estado a salvaguardá-los, apoiá-los e fomentá-los. Mas, também, igualmente, efeitos mediatos implícitos constitutivos, isto é, não expressos no Decreto, em que, a partir das reivindicações de direitos intelectuais associados ao PCI, os detentores, pela via interpretativa da tomada de consciência legal, apoiados na Constituição Federal de 1988, no próprio registro, ou em razão de seus direitos costumeiros, obteriam o controle dos processos, produtos e resultados de expressões e conhecimentos tradicionais registrados para limitar os interesses de terceiros sobre usos e explorações comerciais dos bens.

Apesar de no processo de formulação e construção do Decreto nº 3.551/2000 verificar-se a presença de propostas e dispositivos prevendo a proteção do que se denominou de propriedade intelectual coletiva, os idealizadores do instrumento, ratificados pelo Ministério da Cultura e pela Presidência da República, optaram por retirar qualquer previsão nesse sentido, na contramão do que vinha sendo construído internacionalmente desde a década de 1970, pela OMPI, UNESCO, sintetizado nas Recomendações para a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular de 1989. Ainda assim, o mecanismo suplantou as iniciativas de proteção da cultura popular de Mário de Andrade e dos bens e atividades de natureza dinâmica e processual de Aloísio Magalhães, salvaguardando os bens culturais de natureza imaterial a partir da abertura conceitual dessa dimensão do patrimônio cultural introduzida no texto constitucional no *caput* do artigo 216 e definida pela Convenção da UNESCO de 2003.

Nesse diapasão, em face da autoexecutoriedade do direito ao patrimônio cultural imaterial e da compreensão inicial do IPHAN de que o Registro é somente um instrumento de reconhecimento, valorização e visibilidade dos bens culturais imateriais, resta inócua a discussão sobre a adequabilidade ou não do tipo normativo do Decreto para dar suporte ao mecanismo. Diferentemente do tombamento não traria qualquer limitação a proprietários, a terceiros ou obrigações aos detentores. No entanto, essa interpretação pautada pela exclusão da constituição de direitos dos detentores pelo mecanismo e a opção por esse tipo normativo para abrigar o Registro não foram empecilhos, impedimentos ou limitadores para que povos, grupos e comunidades tradicionais construíssem sua própria interpretação acerca do instrumento a fim de garantir direitos de titularidade coletiva associados aos bens culturais imateriais. Daí porque o ato declaratório do Registro é muito mais do que

uma prova jurídica para impedir apropriações indevidas de expressões e conhecimentos tradicionais.

De outro modo, percebe-se que não há bens culturais imateriais sem sujeitos para quem eles são referentes imediata e primariamente. Além de serem referências culturais para seus modos de ser, fazer e viver, o patrimônio cultural imaterial é mobilizado igualmente para garantir a sustentabilidade e a sobrevivência dos detentores. Ainda que o Registro não trate de garantir esses direitos explicitamente, outras normas internacionais de superior hierarquia internalizadas pelo ordenamento jurídico assim o fazem como a Convenção 169 da OIT e a Convenção para Salvaguarda do PCI de 2003 da UNESCO.

Igualmente, outras legislações definidoras desses sujeitos de direitos, como aquelas que conceituam povos e comunidades tradicionais, além de enumerar seus atributos universais (culturalmente diferenciados, autodeterminação, autorreconhecimento, formas própria de organização social manifestas em direito consuetudinário, pertencentes a um território onde se reproduzem cultural, social e economicamente), reconhecem o direito à sua própria cultura, bem como sobre seus bens culturais.

Não fosse assim, no processo de Registro não haveria sentido a consagração de um requisito material da continuidade na qual se verifica o enraizamento geracional do bem cultural imaterial no âmbito comunitário dos detentores. Ou ainda, a exigência de anuência prévia das comunidades para o reconhecimento, mesmo se a parte legítima do pedido for entidade representativa dessas coletividades. Diga-se de passagem, consentimento prévio exigido em todos os *macroprocessos* e *processos* dos instrumentos e mecanismos de identificação, reconhecimento, apoio e fomento do PNPI. Nesse mesmo sentido, o domínio e empoderamento desses sujeitos coletivos sobre os processos de formação, produção e reprodução dos bens culturais imateriais, que são apreendidos pelo processo do Registro na forma dos princípios da intervenção mínima e da participação.

A atuação de salvaguarda do Estado é no sentido de respeitar a autodeterminação das coletividades em sua relação com a dinâmica processual dos bens culturais imateriais. Apoiar, fomentar e incentivar essas práticas, mas também, quando acionado, protegê-las. Por isso, igualmente, a gestão compartilhada do bem nos Planos de Salvaguarda não retira o controle dos detentores sobre os processos dos bens culturais imateriais, seus produtos e resultados, mas permite agregar parceiros e colaboradores nessa proteção.

Assim também, a definição das prioridades das antigas recomendações, hoje ações e Planos de Salvaguarda, é sempre realizada,

tendo em vista direitos coletivos das comunidades e grupos. Tanto,, assim que o direcionamento do orçamento do IPHAN para essa finalidade pode ser participativo, como visto no caso do Samba do Recôncavo onde os sambadores interessados na repatriação de seus acervos requisitaram a aquisição de material em posse de pesquisadores. A participação ativa dos detentores na elaboração dos Planos de Salvaguarda, bem como os eixos com os quais o IPHAN vem trabalhando em seu Termo de Referência Cultural, já constatado também pelas avaliações e monitoramentos da política do PNPI, também contribuem para a expectativa de que o Registro não somente valoriza e cria visibilidade para seus bens, mas também reconhece, cria direitos.

O princípio da participação popular orienta o processo de Registro, na medida em que torna obrigatória a presença dos detentores, reconhecendo implicitamente tratar-se de bem coletivo desses sujeitos. Em função do interesse público difuso que recai sobre o PCI, permite a integração de outros segmentos sociais com a oportunidade de se manifestar sobre os pedidos, opinar em audiências e consultas públicas ou até mesmo se opor ou impugnar o Registro de determinado bem.

Sob o signo da participação popular é que se desenvolve a interpretação dos detentores sobre o ato declaratório do Registro, conferindo-lhe efeitos para além do título e certificação de “Patrimônio Cultural Brasileiro” e das obrigações de apoio e fomento do Poder Público. Nesse aspecto, quanto aos efeitos para reconhecimento de direitos intelectuais coletivos, nota-se essa preocupação do IPHAN no âmbito da Política de Salvaguarda no eixo de produção e reprodução cultural, no qual se preveem como ações o assessoramento dos detentores e o acompanhamento de eventuais medidas judiciais e extrajudiciais para proteção de bem cultural ameaçado de dano ou lesionado, muito em decorrência dos usos que os detentores têm feito do Registro, conforme se pode depreender dos relatórios de avaliação do histórico da salvaguarda de bens culturais imateriais na esfera federal.

Ainda assim, até hoje, constata-se, ainda que não se queira transformar o reconhecimento do PCI em direito sancionador, que o IPHAN não tem, entre seus regulamentos, qualquer norma de instauração de processos administrativos para averiguar a ocorrência de danos ou ameaças aos bens culturais imateriais registrados, tampouco a legislação penal brasileira tipifica crimes contra o patrimônio cultural imaterial, atendo-se aos atos comissivos contra os bens culturais materiais.

Além disso, constatou-se que, em boa parte dos casos analisados, os usos que se fazem do Registro, atestando seus *efeitos mediatos implícitos constitutivos*, surgem da necessidade dos detentores de se

protegerem de apropriações privadas de terceiros agentes do mercado, isto é, da reificação da dinâmica processual dos bens culturais imateriais, de seus produtos e resultados, ou dos bens materiais a eles associados. Assim ocorreu nos casos da Arte Kusiwa, da Viola-de-Cocho, da Cajuína do Piauí, das Baianas de Acarajé. Quando não, se trata do Estado violando o princípio da mínima intervenção, como no caso do ofício das Paneleiras de Goiabeiras, do Queijo de Minas e, novamente, do ofício das Baianas. Isso não significa que esses bens culturais imateriais não tenham valor econômico, ou que os produtos resultantes dessas expressões e modos de sabe-fazer também não o possuam, mas que, para os sujeitos coletivos detentores, de alguma maneira, o Registro implica em direitos sobre eles e, conseqüentemente, se traduzem em formas de controle e governança dos seus usos.

Essas interpretações sobre o Registro remontam às expectativas criadas em torno do surgimento do instrumento, da ausência de esclarecimento dos detentores sobre suas finalidade imediatas e explícitas, mas também à fundamentação de suas demandas diretamente na Constituição Federal de 1988, na tomada de consciência legal dos detentores sobre as potencialidades do direito ao patrimônio cultural imaterial mesmo antes ou durante a deflagração do Registro, ou nas próprias normas de organização social desses sujeitos coletivos fazendo com que os seus usos do mecanismo transformam-se em fonte de produção normativa, muito mais do que precedentes surgidos diante da singularidade de cada conflito entre detentoras e terceiros.

É o que se apresenta em casos como o da Viola-de-Cocho em que, antes mesmo do Registro, os violeiros e tocadores da cultura popular mato-grossense, fundamentados na proteção do patrimônio cultural, obtiveram vitória parcial no INPI para impedir o registro de marca mista com o nominativo da viola, ou no caso dos Wajãpi em que os grafismos da Arte Kusiwa foram atribuídos a sua cosmogonia, o suficiente para o uso indevido de empresa de papeis de parede ser objeto de Termo de Ajustamento de Conduta em que se estabeleceu um *quantum* indenizatório para ser empregado em projetos desse povo indígena.

Concluiu-se, de todo modo, que a atuação legal do IPHAN foi amoldada, tendo em vista as reivindicações e demandas dos detentores oriundos do Registro. Porém, essa responsabilidade não está limitada à sua esfera de atuação, sendo necessária a interlocução e o compartilhamento de competências com outros órgãos e entidades, como o INPI, as autarquias e órgãos ambientais, dentre outros.

É também revelador que a reivindicação de direitos intelectuais coletivos, o uso positivo e defensivo do PCI e do Registro contra as

apropriações indevidas, além de não garantirem o sucesso do desfecho da demanda dos detentores, desnudam a fragilidade, insuficiência e inadequabilidade da propriedade intelectual convencional para a proteção de expressões e conhecimentos tradicionais.

No caso das formas de expressão, apesar da iniciativa positiva em suporte normativo questionável da Portaria nº 177 da FUNAI, que regulamentou direitos autorais indígenas, conclui-se que o direito de autor atual não alcança a complexidade dessas manifestações tradicionais, sendo os conceitos de autoria, obra intelectual, obra coletiva e domínio público, operados vezes em desfavor da proteção dos direitos intelectuais coletivos dos detentores. Algo distinto se passa com os modos de saber-fazer registrado que recorrem à sobreposição de mecanismos aproveitando-se do reconhecimento e notoriedade conferidos pelo Registro para requerer também o registro do bem cultural imaterial no INPI. Tal como ocorre com a cumulação com a indicação de procedência, caso das Pannelas de Goiabeiras, da Cajuína do Piauí, da Renda Irlandesa de Divina Pastora, dos Queijos de Minas do Serro e da Canastra, ou, no caso das ribeirinhas paraenses, cujo modo de fazer Cuias é salvaguardado, mas em que sua associação representativa optou por requerer marca coletiva para associar aos produtos de seus saberes.

Nessas circunstâncias, as desvantagens que se apresentam é que esses sinais distintivos não deixam de tratar esses produtos como mercadorias, a par do seu valor cultural e simbólico. Igualmente, não alcançam o bem cultural imaterial em si, mas a parte material dos resultados dos seus processos manifestos em objetos (panelas, queijo, cuias, cajuína etc.).

Ainda que nessas hipóteses vislumbre-se a antropofagia da PI pelo PCI, quando os mecanismos usuais da primeira são utilizados por esses sujeitos coletivos vulneráveis, o movimento inverso, quando a PI é utilizada por terceiros estranhos à manutenção, transmissão e continuidade dos bens culturais imateriais, é extremamente deletério ao PCI, comprometendo seus elementos essenciais, criando monopólios e escassez artificiais em detrimento das comunidades. Assim ocorreu, por exemplo, no caso da Viola-de-Cocho, ou na tentativa de criar marca de refrigerante que se confundisse com a tradicional Cajuína. Nesse aspecto, compreende-se que o atual Banco de Dados de Bens Culturais Imateriais Registrados já poderia servir de ferramenta de consulta do INPI para impedir registros de marcas e IGs por outros sujeitos que não os detentores do PCI.

Diante desse quadro, apesar das potencialidades dos usos constitutivos do Registro por detentores de bens culturais imateriais

registrados, permanecem, diante da atual regulamentação, preponderantes os efeitos imediatos declaratórios de reconhecimento e valorização como finalidade precípua do instrumento. Ainda que não haja mais lugar para afirmação de que o mecanismo não protege ou não é fonte normativa para criação de direitos, em virtude dos casos conflituosos analisados, conclui-se que é necessário reinventar os termos do Registro e do PNPI para abranger a proteção de direitos culturais coletivos, especialmente os intelectuais.

Isso exige do IPHAN, igualmente, outra mudança de percepção a respeito da salvaguarda. Porém, essa proposição deve ser discutida, avaliada e deliberada em ambiente democrático, tendo em vista precipuamente os direitos dos detentores, povos, grupos e comunidades tradicionais, mas também da sociedade, de seus direitos difusos de acesso e fruição, envolvendo os mais variados setores, desde os órgãos de proteção do PC e da PI, bem como organizações-não governamentais, técnicos, Conselho Consultivo do PC e os poderes legitimamente constituídos.

REFERÊNCIAS

LIVROS, CAPÍTULOS DE LIVRO, DISSERTAÇÕES E TESES

ABREU, Regina. A emergência do patrimônio genético e a nova configuração do campo do patrimônio. In: _____. CHAGAS, Mário (Org.). **Memória e Patrimônio: ensaios contemporâneos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009a, p. 34-48.

_____. “Tesouros humanos vivos” ou quando as pessoas transformam-se em patrimônio cultural – notas sobre a experiência francesa de distinção dos “Mestres da Arte”. In: _____. CHAGAS, Mário (Org.). **Memória e Patrimônio: ensaios contemporâneos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009b, p. 83-96.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGUIAR, Marcus Pinto. **Acesso à justiça nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos – o caso Ximenes Lopes**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de. **A invenção do Nordeste e outras artes**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ALENCAR, Rívia Riker Bandeira de. **O samba de roda na gira do patrimônio**. Campinas, 2010, 306p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Estadual de Campinas.

ALEXANDRINO, José de Melo. O conceito de bem cultural. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Org.). **Direito da cultura e do patrimônio cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011, p. 223-244.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Igor. Direito à autodefinição. In: PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; ARAÚJO, Eduardo Fernandes de. (Org.). **Direito constitucional quilombola – análises sobre a Ação Direta de**

Inconstitucionalidade nº 3.239. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 87-98.

ANDRÉS, Aparecida. Cultura. In: BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Dévora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de. (Org.). **Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009, p. 565-577.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e difusão do nacional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARAÚJO, Eduardo Fernandes de. Acesso à terra/território: perspectiva(s) interdisciplinar(es) do Direito. In: PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira. _____. (Org.). **Direito constitucional quilombola – análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 119-138.

BAHIA, Carolina Medeiros. A farra do boi à luz do princípio da proporcionalidade. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 75-98.

BARBALHO, Alexandre. **Relações entre Estado e cultura no Brasil**. Ijuí: Unijuí, 1998.

_____. Política cultural e orçamento participativo: ou as possibilidades da democracia cultural na cidade contemporânea. In: **32º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais: Grupo de Trabalho 10: Cultura, Economia e Política**. Caxambu, 2008a.

_____. **Textos nômades: política, cultura e mídia**. Fortaleza: BNB, 2008b.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Frederico. Direitos humanos, patrimônio cultural e políticas públicas. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Sesc, 2015, p. 73-104.

BARBOSA, P. M. S., PERALTA, P. P. e FERNANDES, L. R. R. M. V. Encontros e desencontros entre indicações geográficas, marcas de certificação e marcas coletivas. In: LAGE, C. L., WINTER, E. e BARBOSA, P. M. S. (Org.). **As diversas faces da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013, p. 141-173.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe; STREIF-FENART, Jocelyne (Org.). **Teorias da etnicidade**. São Paulo: UNESP, 2011, p. 185-229.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BELAS, Carla Arouca. **Indicações geográficas e a salvaguarda do patrimônio cultural: artesanato de capim dourado Jalapão-Brasil**. Rio de Janeiro, 2012, 266 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação de Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

BENJAMIN, Walter. **Magia e Técnica, Arte e Política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução Sergio Paulo Rouanet. 3. ed. Obras Escolhidas I. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BENSAÏD, Daniel. Os despossuídos: Karl Marx, os ladrões de madeira e o direito dos pobres. In: MARX, Karl. **Os despossuídos**. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 11-74.

BENHAMOU, Françoise. **A economia da cultura**. Cotia: Ateliê Editorial, 2007.

_____. **Economia do patrimônio cultural**. São Paulo: Sesc, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOLÁN, Eduardo Nivón. **La política cultural**: temas, problemas y oportunidades. México/Zacatecas: Conaculta/Fondo Regional para la Cultura y las Artes de la Zona Centro, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. In: **Revista española de derecho constitucional**. Ano 20. n. 59. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 29-56.

_____. **La estructura de los derechos fundamentales.** Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, Isaura. Políticas culturais: discutindo pressupostos. In: NUSSBAUMER, Gisele Marchiori (Org.). **Teorias e políticas da cultura: visões multidisciplinares.** Salvador: EDUFBA, 2007, p. 171-180.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand, 2003.

_____. **A distinção: crítica social do julgamento.** 2. ed. ver. Porto Alegre: Zouk, 2013.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAVO, Loreto FERNÁNDEZ. La dimensión colectiva de los derechos culturales: una lectura de la Convención de patrimonio cultural inmaterial (PCI). In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; AGUIAR, Marcus Pinto; OLIVEIRA JÚNIOR, Vicente de Paulo. **Direitos culturais: múltiplas perspectivas.** v. I. Fortaleza: EdUECE/UNIFOR, 2014, p. 363-382.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-50.

BURKE, Peter. **Cultura popular na Idade Moderna: Europa 1500-1800.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

CABRAL, Clara Bertrand. **Património cultural imaterial: Convenção da Unesco e seus contextos.** Lisboa: Edições 70, 2011.

CANCLINI, Nestor Garcia. **As culturas populares no capitalismo.** São Paulo: Brasiliense, 1983.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura.** 6. ed. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CARBONI, Guilherme. **Função social do Direito de Autor.** Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Sônia Rabello de. **O Estado na preservação dos bens culturais**: o tombamento. Rio de Janeiro: IPHAN, 2009.

CAVALCANTI, Maria Laura Viveiros de Castro. Patrimônio Cultural Imaterial no Brasil: estado da arte. In: _____. FONSECA, Maria Cecília Londres (Org.). **Patrimônio imaterial no Brasil**: legislação e políticas estaduais. Brasília: UNESCO, Educarte, 2008, p. 11-38.

CHAGAS, Mário. O pai de Macunaíma e o patrimônio espiritual. In: ABREU, Regina; _____. (Org.). **Memória e Patrimônio**: ensaios contemporâneos. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009, p. 97-114.

CHAUÍ, Marilena. **Cidadania cultural**: o direito à cultura. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHUVA, Márcia Regina Romeiro. **Os arquitetos da memória**: sociogênese das práticas de preservação do patrimônio cultural no Brasil (anos 1930-1940). Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Teixeira. **Dicionário crítico de política cultural**. 2. ed. São Paulo: Iluminuras/ FAPESP, 1999.

_____. **A cultura e seu contrário**: cultura, arte e política pós-2001. São Paulo: Iluminuras, Itaú Cultural, 2008.

COSTA, Rodrigo Vieira. Neoconstitucionalismo e as mudanças paradigmáticas da Administração Pública: a reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da legalidade. In: MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; ANDRADE, Mariana Dionísio de. (Org.). **Temas Atuais de Direito Administrativo** – Uma homenagem ao professor Carlos Roberto Martins Rodrigues. Fortaleza: EdUECE/UNIFOR, 2010, p. 251-280.

_____. **A dimensão constitucional do patrimônio cultural**: o tombamento e o registro sob a ótica dos direitos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Federalismo e organização sistêmica da cultura**: o Sistema Nacional de Cultura como garantia de efetivação dos direitos culturais. Fortaleza, 2012, 210p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

_____. Esses desconhecidos, os direitos culturais: reflexos dos 25 anos da Constituição Federal de 1988 na cultura. In: LOPES, Júlio Aurélio Vianna. (Org.). **Desafios institucionais da ordem de 1988**. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2014, p. 9-92.

_____. Análise jurídica das leis sobre “Tesouros Vivos” no Brasil e no Mundo: a experiência do Ceará. In: _____. CUNHA FILHO, Francisco Humberto; AGUIAR, Marcus Pinto (Org.). **Direitos culturais: múltiplas perspectivas**. v. III. Fortaleza: EdUECE, 2016, p. 395-415.

COTTOM, Boly. **Los derechos culturales en el marco de los derechos humanos en México**. Distrito Federal: Porrúa, 2010.

CORÁ, Maria Amélia Jundurian. **Do material ao imaterial: patrimônios culturais do Brasil**. São Paulo: EDUC/FAPESP, 2014.

CORNU, Marie. Le droit d’auteur à l’épreuve du droit à la culture. In: BRUGUIÉRE, Jean-Michel (Org.). **Droit d’auteur et culture**. Paris: Dalloz, 2007, p. 129-146.

COURTIS, Christian. Direitos culturais como direitos humanos: conceitos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Sesc, 2015, p. 9-22.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988: A Representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

_____. Direitos culturais no Brasil: dimensionamento e conceituação. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; CUREAU, Sandra (Org.). **Bens culturais e direitos humanos**. São Paulo: Sesc, 2015, p. 27-35.

CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República** – a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DIANOVSKY, Diana. **A formulação da política federal de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: aproximações e tensões entre mercado e bens culturais imateriais**. Brasília, 2013, 71p. Monografia – Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social, Escola Nacional de Administração Pública.

DÍAZ-POLANCO, Héctor. **Elogio de la diversidad**: globalización, multiculturalismo y etnofagia. México: Siglo XXI, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. 4. ed. rev. atual. ampl. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da cultura y la liberación** – ensayos. Distrito Federal: UACM, 2006.

EAGLETON, Terry. **A ideia de cultura**. São Paulo: UNESP, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

FALCÃO, Joaquim. Política cultural e democracia: a preservação do patrimônio histórico e artístico nacional. In: MICELI, Sérgio (Org.). **Estado e cultura no Brasil**. São Paulo: Difel, 1984, p. 21-40.

_____. A política cultural de Aloísio Magalhães. In: MAGALHÃES, Aloísio. **E Triunfo?** A questão dos bens culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 17-30.

FARIA, Victor Lúcio Pimenta de. **A proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas na indústria cultural**. São Paulo: Itaú Cultural, 2012.

FERRY-MACCARIO, Nicole; SIHOL, Olivier. **Droit de l'art**. 2. ed. Paris: Ellipses, 2014.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ/MINC/IPHAN, 2005.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: Da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (Org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 167-190.

FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra C.A. **Patrimônio histórico e cultural**: Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

GALLARDO, Helio. **Teoria crítica**: matriz e possibilidades de direitos humanos. São Paulo: UNESP, 2014.

GANS, Herbert J. **Cultura popular e alta cultura**: uma análise e avaliação do gosto. São Paulo: SESC, 2014.

GONÇALVES, José Reginaldo. **A retórica da perda**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/IPHAN, 1997.

GORZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: Annablume, 2005.

GOULART, Paloma Elaine Santos. **Direitos autorais, culturas populares e conhecimentos tradicionais** – estudo de caso das músicas da Família Guiga. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

GREFFE, Xavier; PFLIEGER, Sylvie. **La politique culturelle en France**. Paris: La documentation française, 2009.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do Estado constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito da Propriedade Intelectual**. 3. ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

HARVEY, Edwin R. . **Derecho de autor**: Legislación Argentina, países del Mercosur y normas internacionales. Buenos Aires: Depalma, 1997.

HERSCOVICI, Alain. **Economia da cultura e da comunicação**. Vitória: Fundação Ceciliano Abel de Almeida; UFES, 1995.

HOBSBAWM, Eric. **A invenção das tradições**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. . **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquim. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boîteux, 2009.

HUNTIGTON, Samuel P. . **O choque das civilizações e a ordem econômica mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

JAENISCH, Damiana Bregalda. **Arte Kusiwa**: pintura corporal e arte gráfica Wajãpi – Etnografia da salvaguarda de um bem registrado como patrimônio cultural do Brasil. Brasília: IPHAN, 2010.

JORGE, Amanda Lacerda. **O processo de construção da questão quilombola**: discursos em disputa. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. **A gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2013.

LIXINSKI, Lucas. **Intangible Cultural Heritage in International Law**. Reino Unido: Oxford University Press, 2013.

MAGALHÃES, Aloísio. **E Triunfo?** A questão dos bens culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de Direito Autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MEYER-BISCH, Patrice; BIDAULT, Mylène (Org.). **Afirmar os direitos culturais**: comentários à Declaração de Friburgo. São Paulo: Iluminuras, 2014.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural**

brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. Configuração e indenizabilidade de danos morais coletivos decorrentes de lesões a bens integrantes do patrimônio cultural brasileiro. In: _____.; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a, p. 113-136.

_____. Tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro: o inventário como um novo instrumento de proteção. In: _____.; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 321-349.

MONNIER, Sophie; FOREY, E. **Droit de la culture**. Paris: Gualino, 2009.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **A proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade:** entre a garantia do direito e a efetividade das políticas públicas. Belém, 2006, 246 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, da Universidade Federal do Pará.

MORENO, Beatriz González. **Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa**. Madri: Civitas, 2003.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do patrimônio cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.

OLIVEIRA, David Barbosa de. **Tempo, memória e direito:** um estudo político, jurídico e filosófico sobre o patrimônio cultural imaterial. Fortaleza, 2011, 114p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. **Direito de marcas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ORTIZ, Renato. **Universalismo e diversidade**. São Paulo: Boitempo, 2015.

PAIM, Antônio. **Problemática do culturalismo**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **Direito do patrimônio cultural:**

autonomia e efetividade. Curitiba: Juruá, 2015.

PEDRO, Jesús Prieto de. **Cultura, culturas y constitución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PELLAS, Jean-Raphaël. **Droit de la culture**. Issy-les-Moulineaux: LGDJ, 2015.

PERALTA, Patrícia Pereira; SILVA, Elizabeth Ferreira da. Marcas coletivas como instrumento de proteção e agregação de valor: as cuias de Santarém. In: CARVALHO, Luciana Gonçalves de. **O artesanato de cuias em perspectiva** – Santarém. Rio de Janeiro: IPHAN/CNFCP, 2011, p. 73-92.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES, Leonardo Machado. **Direito de autor**: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. Paris: Dalloz, 1990.

PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira. Quilombos no Supremo Tribunal Federal: Decreto nº 4.887/03 e a Efetividade da Constituição. In: _____. Eduardo Fernandes de. (Org.). **Direito constitucional quilombola** – análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 21-58.

RAMÍREZ, Felipe Palau. Conocimientos tradicionales, indicaciones geográficas y desarrollo. In: _____. PACÓN, Ana Maria (Org.). **La protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen: Europa y Comunidad Andina**. Valência: Universitat de València, 2012, p. 25-48.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo Mínimo em Direito de Autor: o

mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. In: **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. _____. BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE, Miguel. **Figuras da inteligência brasileira**. São Paulo: Siciliano, 1994.

_____. **Cinco temas do culturalismo**. São Paulo: Saraiva, 2000.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoria crítica constitucional**: rescatando la democracia del liberalismo. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

RIEGL, Alois. **O culto moderno dos monumentos**: a sua essência e origem. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ROCHA FILHO, Sydney do Amaral. **Indicações geográficas**: a proteção do patrimônio cultural brasileiro na sua diversidade. São Paulo, 2009, 234 p. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Direito das Relações Sociais, Direito Comercial, Propriedade Imaterial e Indicações Geográficas, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural**: a propriedade dos bens culturais no Estado Democrático de Direito. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Apontamentos sobre o patrimônio cultural imaterial. In: _____. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012a, p. 47-54.

_____. Conselho consultivo do patrimônio cultural. In: _____. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012b, p. 137-146.

_____. O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In: _____. MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012c, p. 289-303.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. **Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore**: uma abordagem de desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAMBUC, Henri-Phillipe. **La protection internationale des savoirs traditionnels**. Paris: L'Harmattan, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Democracia, direitos humanos e desenvolvimento. In: _____. CHAUI, Marilena. **Democracia, direitos humanos e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013a, p. 41-131.

_____. **Se deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2013b.

SANTOS, Ana Carolina Quintanilha dos. **O caso da arte gráfica Wajãpi e o embate contra a exploração comercial inadequada**: limites e potencialidades das políticas públicas de proteção ao patrimônio imaterial. Brasília, 2013c, 88p. Monografia –Especialização em Gestão de Políticas Públicas de Proteção e Desenvolvimento Social, Escola Nacional de Administração Pública.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Tânia Maria dos. **O direito à cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SEMPRINI, Andrea. Multiculturalismo. Bauru: EDUSC, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito**: direitos fundamentais e cultura. Lisboa: Almedina, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, Lucieni de Menezes. **A semântica do intangível**: um estudo sobre o registro do ofício das paneleiras de Goiabeiras. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

_____. **Direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e sua proteção jurídica**. 3.ed. ampl. atual. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. 1. ed. 8. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

STARKE, Robert E. **A arte da investigação com estudo de caso**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2016.

SZABÓ, Imre. **Cultural rigths**. Budapeste: A.W.Sijthoff-Leiden\Akadémiai Kiadó, 1974.

TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: APPIAH, K. Anthony et. al. **Multiculturalismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. **Proteção ao patrimônio cultural brasileiro: análise da articulação entre tombamento e registro**. Rio de Janeiro, 2010, 115p. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-graduação em Museologia e Patrimônio, do Centro de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO e Museu de Astronomia e Ciências Afins – MAST/MCT.

TEPEDINO, Gustavo. Livro (eletrônico) e o perfil funcional dos bens jurídicos na experiência brasileira. In: VICENTE, Dario Moura; VIEIRA, José Alberto Coelho; PEREIRA, Alexandre Dias; CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos; SILVA, Ana Maria Pereira da (Coord.). **Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão – 50 anos de vida universitária**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 269-288.

TEUBER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions?. In: GRABER, Christoph Beat; BURRI-NENOVA, Mira (Org.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 17-45.

TOLILA, Paul. **Cultura e economia**. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TRECCANI, Girolamo D. Quilombos na América Latina: uma experiência continental. In: PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; ARAÚJO, Eduardo Fernandes de (Org.). **Direito constitucional quilombola** – análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 59-92.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VARELLA, Guilherme. **Plano Nacional de Cultura**: direitos e políticas culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2014.

VIANNA, Letícia C. R.; SALAMA, Moreno Roberta Levy. Avaliação dos planos e ações da salvaguarda de bens culturais registrados como patrimônio imaterial brasileiro. In: **Políticas culturais**: pesquisa e formação. CALABRE, L. (org.) Itaú Cultural e Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 2012, p. 67-89.

_____. PAIVA-CHAVES, Teresa Maria Contrim de. ...Sem perder a ternura, jamais! Notas sobre a implementação da política de salvaguarda do patrimônio cultural registrado pelo IPHAN. In: **V Seminário Internacional de Políticas Culturais**, 2014, Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 2014, p. 1-17.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei brasileira de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Org.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010a, p. 73-104.

_____. Disposições preliminares e definições. In: WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (Org.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010b, p. 111-120.

_____. O “novo” direito autoral na sociedade informacional. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil** – natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 337-360.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave**: um vocabulário de cultura e

sociedade. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: _____. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil** – natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 15-48.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 7. ed. atual. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REVISTAS, PERIDÓDICOS, NOTÍCIAS E PÁGINAS ELETRÔNICAS

ADOLFO, Gonzaga; FONTANELLA, Aline Leal. Bonecos do carnaval de Olinda: conflito entre direitos intelectuais e cultura popular. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2827, 29 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18785>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de direito administrativo**. n. 236. abr./jun. 2004. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, 2004, p. 51-64.

ARANTES, Antônio A. Sobre inventários e outros instrumentos de salvaguarda do patrimônio cultural intangível: ensaios de antropologia pública. **Anuário Antropológico 2007/2008**. Rio de Janeiro, 2009, p. 173-221.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Estilos de Arte e Direito de Autor. Parecer. In: **Revista de Direito Autoral**. ano II. n. III. ago. 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 162-164.

BARBOSA, Denis Borges. **O conceito de propriedade intelectual**. 2002. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/110.doc>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de direito administrativo**. v. 23. n. 1. jan. 2007. São Paulo: BDA, 2007, p. 20-49.

BIDAULT, Mylène. Dossier sur la Déclaration de Fribourg sur les droits

culturels – Ce que Déclarer des droits culturels veut dire. **Revue électronique du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire**. n. 7. jan 2008/dez 2009. 2008. Disponível em: <<http://droits-fondamentaux.u-paris2.fr/article/2008/dossier-declaration-fribourg-droits-culturels-ce-que-declarer-droits-culturels-veut>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRAYNER, Natália Guerra. Direitos culturais, afirmação identitária e patrimonialização: a salvaguarda das expressões orais e gráficas dos wajãpi no Amapá. In: **Coloquio Internacional: La Transmisión de la tradición para la salvaguarda y conservación del Patrimonio Cultural**. set. 2012. San Francisco de Campeche: Coloquio Internacional La Transmisión de la tradición para la salvaguarda y conservación del Patrimonio Cultural, 2012.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Instrumentos de Democracia Cultural**. Palestra no I Seminário BNB de Política Cultural – Desafios para a democracia cultural. Fortaleza, 16 de abril de 2009a. Mimeo.

_____. A proteção do patrimônio cultural brasileiro no governo Lula. In: **VII Congreso Internacional de la Unión Latina de Economía Política de la Información, la comunicación y la Cultura (ULEPICC)**. v. 1. 2009. Madri: ULEPICC, 2009b, p. 199-216.

_____. Direitos culturais no Brasil. **Revista Observatório Itaú Cultural**. v. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011, p. 115-126.

_____. Reconfiguração do direito de autor: do civilismo aos direitos culturais. **Revista de Mídia e Entretenimento do IASP**. ano 1. n. 2. jul/dez 2015. São Paulo: IASP, 2015b, p. 33-52.

COSTA, Rodrigo Vieira; TELLES, Mario Ferreira de Pragmácio; SALES, Jessica Fontenele Sales. O (in)verso da proteção do patrimônio cultural: análise do instituto jurídico do cancelamento de tombamento. **Revista de Mídia e Entretenimento IASP**, v. 1. São Paulo: IASP, 2015, p. 142-176.

DONDERS, Yvonne. Cinderela encontra seu príncipe: a especialista independente no campo dos direitos culturais. **Revista Observatório Itaú Cultural**. v. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011, p. 73-88.

FALCÃO, Joaquim. Patrimônio imaterial: um sistema sustentável de proteção. **Revista da cultura**, ano I, n. 2, jul.-dez. 2001. São Paulo, 2001, p. 24-34.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: **Boletim de Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise**. n. 2. fev./2001. Brasília: IPEA, 2001, p. 111-120.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. Muito antes do SPHAN: a política de patrimônio histórico no Brasil (1838-1937). In: **Comunicações Individuais do Seminário Internacional de Políticas Culturais**. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 2010, p. 1-14.

GUEVARA, Manuel. Orígenes del patrimonio cultural inmaterial: la propuesta boliviana de 1973. **Apuntes. Revista de estudios sobre patrimonio cultural**, [S.l.], v. 24, n. 2, jul. 2014, p. 152-165. Disponível em:

<<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/revApuntesArq/article/view/8849>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

KYMLICKA, Will. Dossier Multiculturalismo. In: **Diálogos Políticos**. v. 24. n. 2. jun. 2007. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p.11-35.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**. Teresina. ano 8 n. 173. 26 dez. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 17 maio 2016.

MEYER-BISCH, Patrice. A centralidade dos direitos culturais, pontos de contato entre diversidade e direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural**. v. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011, p. 27-42.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais. **Revista de Direito público da Economia – RDPE**. ano 6. n. 22. abr./jun. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 61-95.

PEDRO, Jesús Prieto de. Direitos culturais, o filho pródigo dos direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural**. v. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011, p.43-48.

PONTES NETO, Hildebrando. As expressões do folclore e o direito autoral. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. v. 9. 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.73-81.

OLIVEIRA, David Barbosa de. A solidariedade intergeracional do patrimônio cultural imaterial. **Direitos Culturais**. v. 4. n. 7. jul. /dez. 2009. Santo Ângelo: URI, 2009, p.55-68.

QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais. O registro de bens culturais imateriais como instrumento constitucional garantidor de direitos culturais. **Revista do IPAC**. ano 1, nº 1. Salvador: Secretaria de Cultura/IPAC/IPHAN, 2016, p. 26-254.

ROLLA, Giancarlo. Bienes culturales y Constitución. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. n. 2. enero/abril. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 163-180.

SANDRONI, Carlos. Propriedade intelectual e música de tradição oral. **Revista Cultura e Pensamento**. n. 03. dez/2007. Brasília: MINC/FAPEX, 2007, p. 65-79.

SILBEY, Susan S. After legal consciousness. **Annual Review of Law and Science**. v. 1. dez. 2005. Massachussets: MIT, 2005, p. 323-368. Disponível em: <<http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.1.041604.115938>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

SHAHEED, Farida. Entrevista para Teixeira Coelho – O novo papel dos direitos culturais. **Revista Observatório Itaú Cultural**. v. 11. São Paulo: Itaú Cultural, 2011, p. 15-26.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. A “commoditização” do conhecimento tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica. **Economía y Sociedad**. nº 33/34. enero-diciembre 2008. Costa Rica, 2008, p. 119.131.

SIMÃO, Lucieni de Menezes. Política e gestão do Patrimônio Cultural Imaterial: ações e práticas de salvaguarda voltadas para o protagonismo social. **Antropolítica: Revista Contemporânea de Antropologia**, n. 39, 2º sem., 2015, p. 218-247. Disponível em: <<http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/articulo/view/396/253>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio. O registro como forma de proteção do patrimônio cultural imaterial. **Revista CPC**, São Paulo, n.4, p. 40-71, maio/out. 2007. Disponível em: <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/cpc/n4/a04n4.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Tombamento no direito administrativo e internacional. **Revista de Informação Legislativa**. v. 41. n. 163. jul.-set. 2004. Brasília: Senado Federal, 2004, p. p. 231-247.

DOCUMENTOS, LEGISLAÇÃO E BANCOS DE DADOS

AMAPÁ. Lei nº 388, de 10 de dezembro de 1997. Dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso à biodiversidade do Estado do Amapá e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cesupa.br/saibamais/nupi/doc/BDT%20%5Blei%20n%C2%BA%200388-97%20-%20amap%C3%A1%5D.htm>>. Acesso em: 17 set. 2016.

ARANTES, Antônio A. Como ler o INRC. In: IPHAN (org.). **Inventário Nacional de Referências Culturais** – Manual de Aplicação. Brasília: IPHAN, 2000, p. 27-43.

BAHIA. Lei nº 8.895, de 16 de dezembro de 2003. Institui normas de proteção e estímulo à preservação do patrimônio cultural do Estado da Bahia, cria a Comissão de Espaços Preservados e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.ipac.ba.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

BANCO DE DADOS DE BENS CULTURAIS IMATERIAIS REGISTRADOS. Informação patrimonial dos bens registrados. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/228>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BANCO DE DADOS DE INVENTÁRIOS REALIZADOS. INRC. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/681>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2008. Disponível em: <http://www.comunicacion.gob.bo/sites/default/files/docs/Nueva_Constitucion_Politica_del_Estado_Boliviano_0.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2015.

CARTA DE ATENAS. Sociedade das Nações – Outubro de 1931. Conclusões Gerais e Deliberações da Sociedade das Nações, do Escritório Internacional dos Museus. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARTA DE ATENAS. Novembro de 1933. Generalidades, diagnósticos e conclusões sobre os problemas urbanísticos das principais e grandes cidades do mundo, apurados pelo Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, em Atenas. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARTA DE BURRA. 1980. Conservação e Restauro do Patrimônio Histórico e Cultural. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARTA DO RESTAURO. Abril de 1972. Carta do Restauro, do Ministério da Instrução Pública do Governo da Itália. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CARTA DE VENEZA. Maio de 1964. II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos de Monumentos Históricos. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CONFERÊNCIA DE NARA. Novembro de 1994. Conferência sobre autenticidade em relação à Convenção do Patrimônio Mundial. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

DECLARAÇÃO TLAXCALA. Outubro de 1982. 3º Colóquio Interamericano sobre a Conservação do Patrimônio Monumental. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de**

janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. **Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937.** Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto-Lei nº 3.866, de 29 de novembro de 1941.** Dispõe sobre o cancelamento do tombamento de bens do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 8.534, de 2 de janeiro de 1946.** Passa a Diretoria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional o Serviço do mesmo nome, criado pela Lei número 378, de 13 de janeiro de 1937, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-8534-2-janeiro-1946-458447-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 3.924, de 16 de julho de 1961.** Dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 4.845, de 19 de novembro de 1965.** Proíbe a saída, para

o exterior, de obras de arte e ofícios produzidos no País, até o fim do período monárquico. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.** Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.292, de 15 de dezembro de 1975.** Dispõe sobre o tombamento de bens no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.** Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Lei nº 8.113, de 12 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a natureza jurídica do Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural - IBPC e da Biblioteca Nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei nº 8.313 de 23 de dezembro de 1991.** Restabelece princípio da Lei nº 7.505, de 02 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (PRONAC) e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

_____. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.** Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei nº 10.413, de 12 de março de 2002.** Determina o tombamento dos bens culturais das empresas incluídas no Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei nº 12.301, de 28 de julho de 2010.** Declara o Centro Luiz Gonzaga de Tradições Nordestinas - Feira Nordestina de São Cristóvão Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010.** Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Lei nº 12.761, de 27 de dezembro de 2012.** Institui o Programa de Cultura do Trabalhador; cria o vale-cultura; altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, e 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. **Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.** Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014.** Institui a Política Nacional de Cultura Viva e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.123, de 5 de maio de 2015.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo

Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória no 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.130, de 03 de junho de 2015.** Declara a Caminhada com Maria, realizada no dia 15 de agosto de cada ano, do Santuário de Nossa Senhora da Assunção na Barra do Ceará até a Catedral Metropolitana de Fortaleza, Estado do Ceará, Patrimônio Cultural Imaterial do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.341, de 29 de setembro 2016.** Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória no 717, de 16 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016.** Eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Medida Provisória nº 610, de 8 de setembro de 1994.** Dispõe sobre a alteração na Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, na Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=117728&norma=139905>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 752, de 06 de dezembro de 1994.** Dispõe sobre a alteração na Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, na Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.** Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção

sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Medida Provisória nº 726, de 12 de maio de 2016.** Altera e revoga dispositivos da Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. **Decreto Legislativo nº 32, de 14 de agosto de 1956.** Ratifica a Convenção de Haia para a proteção de bens culturais no caso de conflito armado de 1954. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 71, de 28 de novembro de 1972.** Ratifica a Convenção sobre a proibição do tráfico ilícito de bens culturais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977.** Ratifica a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 22, de 08 de março de 2006.** Ratifica a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 485, de 20 de dezembro de 2006.** Ratifica a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015.** Aprova o texto do Tratado de Marrakeche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marrakeche, em 28 de junho de 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/TratadoMarrakech e.asp>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. **Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933.** Eleva a Cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional. Disponível em: <<http://www.iphan.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 44.851, de 11 de novembro de 1958.** Promulga a Convenção de Haia para a proteção de bens culturais no caso de conflito armado de 1954. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 48.458, de 4 de julho de 1960.** Promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, concluída em Genebra, a 6 de setembro de 1952. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=112961>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 66.967, de 27 de Julho de 1970.** Dispõe sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016

_____. **Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973.** Promulga a Convenção sobre a proibição do tráfico ilícito de bens culturais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 75.541, de 31 de março de 1975.** Promulga a Convenção que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.** Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977.** Promulga a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 84.198, de 13 de Novembro de 1979.** Cria, na

estrutura do Ministério da Educação e Cultura, a Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, por transformação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990.** Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2015.

_____. **Decreto nº 99.492, de 03 de setembro de 1990.** Constitui as Fundações Instituto Brasileiro de Arte e Cultura IBAC, Biblioteca Nacional (BN), e a Autarquia Federal Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural IBPC. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.** Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000.** Institui o registro de Bens Culturais de natureza Imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras

providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 out. 2016.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

_____. **Decreto nº 4.811, de 04 de agosto de 2003.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 5.040, de 07 de abril de 2004.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2015.

_____. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.** Promulga a Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 5.264, de 05 de novembro de 2004.** Institui o Sistema Brasileiro de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. **Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006.** Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 6.177, de 1º de agosto de 2007.** Promulga a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 out. 2015.

_____. **Decreto nº 6.844, de 7 de maio de 2009.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Decreto nº 7.387, de 9 de dezembro de 2010.** Institui o Inventário Nacional da Diversidade Linguística (INDL) e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 8.865, de 29 de setembro de 2016.** Transfere a Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário para a Casa Civil da Presidência da República e dispõe sobre a vinculação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Decreto nº 8.750, de 9 de maio de 2016.** Institui o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Resolução IPHAN nº 01, de 03 de agosto de 2006.** Dispõe sobre os procedimentos a serem observados na instauração e instrução do processo administrativo de Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Resolução IPHAN nº 01, 05 de junho de 2009.** Dispõe sobre os critérios de elegibilidade e seleção, bem como os procedimentos a serem observados na proposição e preparação de dossiês de candidaturas de bens culturais imateriais para inscrição na Lista dos Bens em Necessidade de Salvaguarda Urgente e na Lista Representativa do Patrimônio Cultural e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Resolução IPHAN nº 1, de 18 de julho de 2013.** Dispõe sobre processo administrativo de Revalidação do Título de Patrimônio Cultural

do Brasil dos bens culturais Registrados e altera o parágrafo único do art. 17 da Resolução nº 001, de 03 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Instrução Normativa IPHAN nº 01, de 2 de março de 2009.** Dispõe sobre as condições de autorização de uso do Inventário Nacional de Referências Culturais – INRC. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 187, de 11 de junho de 2010.** Dispõe sobre os procedimentos para apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao patrimônio cultural edificado, a imposição de sanções, os meios de defesa, o sistema recursal e a forma de cobrança dos débitos decorrentes das infrações. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 92, de 5 de julho de 2012.** Aprova o Regimento Interno do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 486, de 29 de novembro de 2012.** Aprova o Regimento Interno do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 224, de 30 de abril de 2014.** Institui a Câmara Setorial do Patrimônio Imaterial e a Câmara Setorial de Arquitetura e Urbanismo. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 194, de 18 de maio de 2016.** Dispõe sobre diretrizes e princípios para a preservação do patrimônio cultural dos povos e comunidades tradicionais de matriz africana, considerando os processos de identificação, reconhecimento, conservação, apoio e fomento. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 200, de 18 de maio de 2016.** Dispõe sobre a regulamentação do Programa Nacional do Patrimônio Imaterial – PNPI. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria IPHAN nº 299, de 17 de julho de 2015.** Dispõe sobre os procedimentos para a execução de ações e planos de salvaguarda para

Bens Registrados como Patrimônio Cultural do Brasil no âmbito do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria FUNAI nº 177, de 16 de fevereiro de 2006.** Disponível em: <www.funai.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Portaria INPI nº 075, de 28 de novembro de 2000.** Estabelece as condições para o registro das indicações geográficas. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Instrução Normativa INPI nº 19, de 18 de março de 2013.** Dispõe sobre a apresentação e o exame do regulamento de utilização referente à marca coletiva. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. **Instrução Normativa INPI nº 25, de 21 de agosto de 2013.** Estabelece as condições para o Registro das Indicações Geográficas. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 487 MC/DF.** Ação direta baseada nos artigos 225, § 4º, e 5º, XXII, da Constituição. Sem negar a relevância da fundamentação, mas ponderado o interesse coletivo na preservação do meio ambiente, indefere-se por maioria, a cautelar, quanto ao art. 1º do Decreto nº 99.547-90, que proíbe, por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. Cautelar indeferida, por unanimidade, quanto ao art. 2º do mesmo Decreto, que dispõe sobre o exercício da fiscalização de projetos, pelo IBAMA. Relator: Min. Octavio Gallotti. Tribunal Pleno. Julgamento: 09.5.1991. Data da Publicação. 11.04.1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856-6 RJ.**A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre "galos combatentes", autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: C.F., art. 225, § 1º, VII. Cautelar deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro Relator: Min. Carlos Velloso. 03 set. 1998. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 8 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950-3 SP**. Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. Meia entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. Ingresso em casas de diversão, esporte, cultura e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Intervenção do estado na economia. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Intimados: Governador do Estado de São Paulo e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Eros Grau. 3 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.514-7 SC**. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado precedente. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau. 25 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2806 – RS**. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual nº 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. Julgamento: 23.4.2003. Data da Publicação. 27.06.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de**

Inconstitucionalidade nº 3512 ES. Ação direta de inconstitucionalidade. lei n. 7.737/2004, do estado do espírito santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura esporte e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Controle das doações de sangue e comprovante da regularidade. Secretaria de estado da saúde. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. mercado. Intervenção do estado na economia. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Eros Grau. 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.776-5 – RN.** É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas "*rinhas*" ou "*brigas de galo*". Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Cezar Peluso. 14 jun. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815 – DF.** Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 20 e 21 da lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. Requisitos legais observados. Mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou autorização prévia (art. 5º incs. IV, ix, xiv; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). Adoção de critério da ponderação para interpretação de princípio constitucional. Proibição de censura (estatal ou particular). Garantia constitucional de indenização e de direito de resposta. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à constituição aos arts. 20 e 21 do código civil, sem redução de texto. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgamento: 10.6.2015. Data da Publicação. 01.02.2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983 – CE.** Vaquejada – manifestação cultural – animais – crueldade manifesta – preservação da fauna e da flora – inconstitucionalidade. A obrigação de o estado garantir a todos o pleno

exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 06.1.2016. Data da Publicação. 27.04.2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF**. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade [...]. Relator: Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 20.8.2009. Data da Publicação. 18.12.2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 121.140-RJ**. Recurso extraordinário. Limitação administrativa. Prédio urbano: patrimônio cultural e ambiental do bairro do Cosme Velho. Decreto municipal 7.046/87. Competência e legalidade. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido. Relator: Ministro Maurício Correa. Segunda Turma. Data do Julgamento: 26.02.2002. Data da Publicação. 23.08.2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 153.531-8**. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de

direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. Associação dos Amigos de Petrópolis – patrimônio, proteção aos animais, defesa da ecologia – APANDE, Liga de Defesa dos Animais – LDZ, Sociedade Zoológica Educativa – SOZED e a Associação Protetora dos Animais – APA e o Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek. 03 jun. 1997. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 203.594 – CE**. Importação de automóveis usados. Proibição ditada pela Portaria nº 08 de 13.05.1991 do Ministério da Fazenda. Alegada afronta ao princípio da isonomia [...]. Relator: Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno Data do Julgamento: 20.11.1996. Data da Publicação. 20.11.1996. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP**. Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Relator: Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 03.12.2008. Data da Publicação. 05.06.2009. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715 SP**. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, Art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, Art. 211, § 2º). Recurso Improvido. Agravante: Município de Santo André. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 79.785-RJ**. [...].

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. [...]. Relator: Min- Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 29.03.2000. Data da Publicação. 22.11.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424-2 RS**. Habeas-Corpus. Publicação de Livros: Anti- Semitismo. Racismo. Crime Imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade De Expressão. Limites. Ordem Denegada. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "*fazendo apologia, de idéias preconceituosas e discriminatórias*" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5e, XLII). Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e Outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator Originário: Min- Moreira Alves. 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 83.996-7 RJ**. Simulação de masturbação e exibição das nádegas, após o término de peça teatral, em reação a vaiais do público. Discussão sobre a caracterização da ofensa ao pudor público. Não se pode olvidar o contexto em se verificou o ato incriminado. O exame objetivo do caso concreto demonstra que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada. A sociedade moderna dispõe de mecanismos próprios e adequados, como a própria crítica, para esse Tipo de situação, dispensando-se o enquadramento penal. Paciente: Gerald Thomas Sievers. Impetrante: Paulo Freitas Ribeiro. Coator: Turma Recursal do Rio de Janeiro. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. 17 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso

em: 7 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração na Petição nº 3.388-RR**. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena raposa serra do sol. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessária [...] Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Data do Julgamento: 293.10.2013. Data da Publicação. 04.02.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1575225/SP**. Recurso especial. Direito autoral. Cobrança. Ecad. Execução de músicas culturais e folclóricas em festa junina promovida por escola. Atividade de caráter pedagógico e de natureza integrativa. Relator: Min. Raul Araújo. Segunda Seção. Data do Julgamento: 22.06.2016. Data da Publicação. 03.08.2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 fev. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento nº 28432 SP**. Processual civil. Constitucional. Agravo de instrumento. Necessidade de proteção à liberdade de crença religiosa e às religiões afro-brasileiras. [...] Relatora: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Sexta Turma. Data de Julgamento 23.11.2005. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento nº 28432 SP**. Constitucional. Remanescentes de comunidades de quilombos. Art. 68-ADCT. Decreto nº 4.887/2003. Convenção nº 169-OIT. 1. Direito comparado. Direito Internacional. O reconhecimento de propriedade definitiva aos "remanescentes de comunidades de quilombos" é norma constitucional que encontra similitude no direito constitucional do continente americano. [...] Relatora: Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria. Terceira Turma. Data de Julgamento 24.03.2009. Data da Publicação. 07.05.2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____. **Projeto de Lei nº 1.176/2011**. Institui o Programa de Proteção e Promoção dos Mestres e Mestras dos saberes e fazeres das culturas populares. Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=863395&filename>. Acesso em: 25 jul. 2014.

_____. **Projeto de Lei nº 1.786/2011**. Institui a Política Nacional Grão, para proteção e fomento à transmissão dos saberes e fazeres de tradição oral. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=897064&filename>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CDESC. **Observación General nº 17** – Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del pacto). 2005. Disponível em: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_0bs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN17>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. **Observación General nº 21** – Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). 2009. Disponível em: <https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_0bs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN21>. Acesso em: 16 set. 2015.

CEDH. **Cultural rights in the case- law of the European Court of Human Rights**. 2011. Disponível em: <www.echr.coe.int/.../Research_report_cultural_rights_ENG.pdf>. Acesso em: 16 set. 2016.

ESPANHA. **Lei nº 16, de 25 de junho de 1985**. Dispõe sobre a proteção, enriquecimento e transmissão às gerações futuras do patrimônio histórico espanhol. Disponível em: <www.boe.es>. Acesso em: 24 out. 2016.

FORTALEZA. **Lei nº 9.347, de 11 de março de 2008**. Disponível em: <<http://legislacao.fortaleza.ce.gov.br/index.php/LEI-9347-2008>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

FRANÇA. **Lei nº 178, de 20 de fevereiro de 2004**. Código do Patrimônio. Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 13 fev. 2016.

INPI. **Pedido de Registro da Marca Viola de Cocho nº 819133485**. 1996. Disponível em: <<https://gru.inpi.gov.br/pPI>>. Acesso em: 05 dez.

2016.

_____. **Pedido de Registro de Indicação Geográfica nº 201001 do Queijo Artesanal Minas do Serro**. Rio de Janeiro: INPI, 2010a.

_____. **Pedido de Registro de Indicação Geográfica nº 201002 do Queijo da Serra da Canastra**. Rio de Janeiro: INPI, 2010b.

_____. **Pedido de Registro de Indicação Geográfica nº 201003 das Painelas de Barro de Goiabeiras**. Rio de Janeiro: INPI, 2010c.

_____. **Pedido de Registro de Indicação Geográfica nº 201107 Renda de agulha em lacê de Divina Pastora**. Rio de Janeiro: INPI, 2011.

_____. **Pedido de Registro de Indicação Geográfica nº BR402012000004-7 Cajuína do Piauí**. Rio de Janeiro: INPI, 2014.

IPHAN. **O registro do patrimônio imaterial**: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. 1. ed. Brasília: MinC/IPHAN/FUNARTE, 2000.

_____. **Dossiê interpretativo queijo artesanal de Minas**: patrimônio cultural do Brasil. Belo Horizonte: IPHAN, 2006a.

_____. **Dossiê IPHAN 2 – Wajãpi – Expressão gráfica e oralidade entre os Wajãpi do Amapá**. Rio de Janeiro: IPHAN, 2006b.

_____. **Dossiê IPHAN 3 – Ofício das Paneleiras de Goiabeiras**. Brasília: IPHAN, 2006c.

_____. **Dossiê IPHAN 4 – Samba de Roda do Recôncavo**. Brasília: IPHAN, 2006d.

_____. **Dossiê IPHAN 6 – Ofício das Baianas de Acarajé**. Brasília: IPHAN, 2007a.

_____. **Dossiê IPHAN 8 – Modo de fazer Viola-de-Cocho**. Brasília: IPHAN, 2009a.

_____. **Dossiê de registro do Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro**. EMPERAIRE, Laure (Org.). Brasília: ACIMRN / IPHAN / IRD / Unicamp-CNPq, 2010a.

_____. **Dossiê descritivo do modo de fazer Ritxòkò – Bonecas carajá**: arte, memória e identidade indígena no Araguaia. Goiânia: IPHAN, 2011a.

_____. **Dossiê IPHAN Carimbó**. Belém: IPHAN, 2013.

_____. **Dossiê IPHAN 13** – Modo de Fazer Renda Irlandesa, tendo como referência o ofício em Divina Pastora. Brasília: IPHAN, 2014.

_____. **Termo de compromisso para o uso do inventário nacional de referências culturais – INRC**. Brasília: IPHAN, 2015b.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.00678/2002-27**. Assunto: Arte Kusiwa, Pintura Corporal e Arte Gráfica Wajãpi. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2002a.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.00672/2002-27**. Assunto: Ofício das Panelas de Goiabeiras. v. 1-2. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2002b.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.008675/2004-27**. Assunto: Encaminha dossiê para abertura referente ao pedido de registro do Acarajé como bem cultural de natureza imaterial. v. 1-2. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2004a.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.010146/2004-60**. Assunto: Solicita abertura e instrução do processo administrativo que encaminhará ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural a proposta de registro do samba de roda do Recôncavo Baiano. v. 1-3. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2004b.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.013090 /2004-03**. Assunto: Solicita junto ao IPHAN o registro da viola-de-cocho no livro dos saberes e o reconhecimento oficial do cururu e siriri como bens patrimoniais associados a viola-de-cocho. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2004c.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.12192/2006-65**. Assunto: Modo artesanal de fazer queijo Minas nas regiões do Serro, da Serra da Canastra e Salitre/Alto do Paranaíba. v. 1-4. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2006e.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.001501/2007-52**. Assunto: Pedido de Registro do Ofício das Rendeiras de Divina Pastora/SE. v. 1-3. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2007b.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.010779/2007-11**. Assunto: Solicita o registro do Sistema Agrícola do Rio Negro como patrimônio cultural brasileiro a ser inscrito no livro dos saberes e modos de fazer do IPHAN. v. 1-3. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2007c.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.00951/2008-87**. Assunto:

Solicitação de Registro do Carimbó. v. 1-3. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2008a.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.014375/2008-87.** Assunto: Registro/Solicita Registro do modo de fazer tradicional da cajuína do Piauí como patrimônio cultural brasileiro – produção artesanal e práticas socioculturais associadas à cajuína no Piauí. v. 1-3. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2008b.

_____. **Processo nº. 01450.015179/2008-20** Assunto: Contratação de Serviços Especializados para copiagem, catalogação, identificação, digitalização e produção de metadados para o Acervo Sonoro do Recôncavo Baiano – Contrato 21/2009 e Termo de Cessão para execução dos serviços e entrega dos produtos ao Acervo Sonoro do Recôncavo. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2008c.

_____. **Processo Administrativo nº 017677/2010-21.** Assunto: Registro das Bonecas Karajá – Saberes e Práticas associados ao modo de fazer Bonecas Karajá/Ritxòkò: expressão artística e cosmológica do povo Karajá. v. 1-2. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2010b.

_____. **Processo Administrativo nº 017677/2010-21.** Assunto: Registro dos modos de fazer cuias do Baixo Amazonas. v. 1-2. Brasília: Coordenação de Registro/IPHAN, 2010c.

_____. **Processo Administrativo nº 01402.000396/2011-96.** Assunto: Superintendência do IPHAN no Piauí solicita à Procuradoria Jurídica providências para que a empresa Coca-cola não utilize o nome cajuína associado a um de seus refrigerantes. Teresina: IPHAN/PI, 2011b.

_____. **Processo Administrativo nº 01450.008080/2015-09.** Assunto: Ofício da Associação Nacional das Baianas de Acarajé, Mingau, Receptivo e Similares – ABAM solicitando ao IPHAN adoção de providências contra apropriação indevida do nome acarajé por empresa alimentícia. Brasília: IPHAN, 2015a.

MEC. **Proteção e revitalização do patrimônio cultural no Brasil:** uma trajetória. Brasília: Ministério da Educação e Cultura/SPHAN/Fundação Nacional Pró-Memória, 1980.

MI. **Kusiwa:** pintura corporal e arte gráfica wajãpi. Rio de Janeiro: FUNAI/CTI/NHII-USP, 2002.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Programa cultural para o desenvolvimento do Brasil.** 2.ed. Brasília: Ministério da Cultura, 2007.

NORMAS DE QUITO. Novembro e Dezembro de 1967. Reunião sobre Conservação e Utilização de Monumentos e Lugares de Interesse Histórico e Artístico Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976. Disponível em: <www.parlamento.pt>. Acesso em: 25 fev. 2016.

_____. **Lei nº 107, de 10 de setembro de 2001.** Estabelece as bases da política e do regime protecção e valorização do patrimônio cultural. Disponível em: <www.parlamento.pt>. Acesso em: 25 fev. 2016.

OMPI. Disposiciones Tipo para Leyes Nacionales sobre la Protección de las Expresiones del Folklore Contra la Explotación Ilícita y Otras Acciones Lesivas. 1982. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000637/063799SB.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **La protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore : Objetivos y Principios Revisados.** WIPO/GRTKF/IC/9/4. Disponível em: <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=129914>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Protection of traditional knowledge: overview of policy objectives and core principles.** Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_5.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. **Protocolo de Swakopmund sobre la Protección de Conocimientos Tradicionales y las Expresiones de Folclore en el marco de la Organización Regional Africana de la Propiedad Intelectual (ARIPO).** Disponível em: <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=12117>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008.

_____. **Resolución 10/23 del Consejo de Derechos Humanos –**

Experto independiente en la esfera de los derechos culturales – A/HRC/RES/10/23. 2009. Disponible em: <http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_23.pdf>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme. Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme** – A/HRC/14/36. 2010. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/14/36&Lang=F>>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Experta independiente en la esfera de los derechos culturales, Sra. Farida Shaheed** – el derecho de acceso al patrimonio cultural y su disfrute – A/HRC/17/38. 2011. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/17/38&Lang=S>>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones – A/HRC/20/26 – 2012a. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/20/26&Lang=S>>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales** – el disfrute de los derechos culturales por las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres – A/67/287. 2012b. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/67/287&Lang=S>>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – el derecho a la libertad de expresión y creación artísticas – A/HRC/23/34. 2013a. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/23/34&Lang=S>>. Acceso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – Procesos de preservación de la memoria histórica – A/HRC/25/49. 2013b. Disponible em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/25/49&Lang=S>>. Acceso em: 16 set. 2015.

em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – analiza la repercusión que tienen las prácticas de publicidad comercial y comercialización para el disfrute de los derechos culturales, prestando especial – A/69/286 – 2014. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/69/286&Lang=S>>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura – A/HRC/28/57 – 2014b. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/28/57&Lang=S>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed** – la política de patentes para el derecho humano a la ciencia y la cultura – A/70/279 – 2015. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/70/279&Lang=S>>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. **Relatora Especial en la esfera de los derechos culturales.** 2016a. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/Leaflet_SR_cultural_rights_sp.pdf>. Acesso em: 10 ou. 2016.

_____. **Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales** – la destrucción intencional del patrimonio cultural – A/71/317. 2016b. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/71/317&Lang=S>>. Acesso em: 10 out. 2016.

RECOMENDAÇÕES DE NAIRÓBI. Novembro de 1976. 19ª Sessão da UNESCO. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

RECOMENDAÇÃO DE PARIS. Dezembro de 1962. 12ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

RECOMENDAÇÃO DE PARIS. Novembro de 1968. 15ª Sessão da Conferência Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

RECOMENDAÇÃO PARIS. Novembro de 1989. 25ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO – Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/226>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 3.947, de 16 de março de 2005. Institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural carioca e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4368015/4108311/00LEI3947InstitutoRegistrodeBensCulturaisdeNaturezaImaterial.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. **Decreto nº 23.162, de 21 de julho de 2003.** Institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural carioca e dá outras providências. Disponível em: <http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/pastas/legislacao/dec_23162.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. **Decreto Municipal nº 37.273, de 12 de junho de 2013.** Cria o sítio cultural da Rua da Carioca, tomba os imóveis que menciona, e dá outras providências. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/decreto/2013/3728/37273/decreto-n-37273-2013-cria-o-sitio-cultural-da-rua-da-carioca-tomba-os-imoveis-que-menciona-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 17 set. 2016.

SÃO PAULO. Decreto nº 57.439, de 17 de outubro de 2011. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem Patrimônio Cultural do Estado de São Paulo, cria o Programa Estadual do Patrimônio Imaterial e dá providências correlatas. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2011/decreto-57439-17.10.2011.html>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

SEBRAE. Indicação geográfica – Paneleiras de Goiabeiras. Vitória: SEBRAE/ES, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 10210110066938002. [...] 1. Em se tratando de

violação ao meio ambiente - no caso, em sua perspectiva cultural -, o interesse processual do legitimado ativo exsurge não só a partir da ameaça, mas, quando já ocorrido o dano, que, na espécie, é incontroverso e anterior ao ajuizamento da demanda. 2. A tutela pretendida consiste na reparação (integral) do dano, assim como a declaração, por sentença, do interesse cultural do imóvel, sendo certo que o sistema de responsabilização civil por dano ambiental - baseado nos princípios da precaução, prevenção, do poluidor-pagador e, sobretudo da reparação integral -, não admite a simples invocação da popularmente conhecida "teoria do fato consumado", que, em linhas gerais, visa o reconhecimento da "possibilidade de consolidação e convalidação de situações fáticas originadas na ilegalidade e em prejuízo ao meio ambiente". [...]. Relator: Min. Bitencourt Marcondes. 8ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 22.07.2014. Data de Publicação: 21.08.2014. Disponível em: <www.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 15 jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Apelação nº 0038282-27.2008.8.19.0001**. Ação popular. Adequação da via eleita. Direito coletivo. Proteção ao patrimônio público cultural e à moralidade administrativa. Inexistência de perda superveniente do objeto. Poder de polícia. Proibição do uso do “pó de arroz” pelos torcedores do fluminense. Manifestação popular integrada às tradições do futebol carioca. Inexistência de qualquer norma legal que dê amparo à proibição. Desproporcionalidade da exigência policial. Apelação fazendária desprovida. Sentença confirmada em reexame necessário. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Décima Câmara Cível. Data do Julgamento: 10.06.2015. Data da Publicação. 15.06.2015. Disponível em: <www.tjrj.jus.br/>. Acesso em: 5 fev. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70057519647**. Constitucional. Lei municipal. Iniciativa legislativa. Programa de proteção a patrimônio imaterial. Eficácia declaratória. Despesas. Responsabilidade da Câmara Municipal [...]. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 24.03.2014. Data de Publicação: 31.03.2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Apelação Cível nº 70025709932**. [...] I – A Constituição Federal cuidou de preservar o patrimônio cultural brasileiro, de acordo com o disposto no seu art. 216, considerando não só o patrimônio cultural da União, mas também aquele estabelecido pelos Estados e Municípios. II – Na Constituição de 88 o INVENTÁRIO foi alçado como instrumento de

promoção e proteção do patrimônio cultural, ao lado do tombamento e da desapropriação, dos registros, da vigilância e de outras formas de acautelamento previstos no parágrafo 1º do art. 216. Não se confunde, é certo, com o TOMBAMENTO porque de efeitos jurídicos mais brandos, mas também submete o bem a medidas restritivas de uso, gozo e disposição, tornando obrigatória sua preservação e conservação. [...]. Relator: Des. Genaro José Baroni Borges. 21ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 24.09.2008. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Embargos Infringentes nº 70005218722**. Coleção de Joias. Evidências e Coincidências. Plágio. Caracterização. Relatora: Desembargadora Mara Larsen Chechi. 5º Grupo Cível. Data de Julgamento: 24.03.2014. Data de Publicação: 31.03.2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em: 10 jan. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2152173-53.2015.8.26.0000**. Lei municipal nº 11.109, de 2015, de iniciativa parlamentar, declarando o ‘Tropeirismo’ como patrimônio cultural imaterial do Município de Sorocaba. No exercício de sua função legislativa, a Câmara Municipal está autorizada a editar normas gerais e abstratas. Vício de iniciativa. Inadmissível a prática de atos concretos de administração. [...]. Relator: Des. Evaristo dos Santos. Órgão Especial. Data de Julgamento: 09.12.2015. Data de Publicação: 11.12.2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2002427-77.2016.8.26.0000**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 3.846/15 (Declara Patrimônio Cultural Imaterial do Município de Mirassol, os Grupos de Folia de Reis do Município de Mirassol). Iniciativa parlamentar. Inconstitucionalidade, por se imiscuir em matéria de competência exclusiva do Poder Executivo. Descabimento. Vício de iniciativa. afronta ao princípio da separação dos poderes. Desrespeito aos artigos 5º, 47, incisos II e XIV e 144 da Constituição do Estado. Ação precedente. Relator: Desembargador Borelli Thomaz. Órgão Especial. Data de Julgamento: 01.06.2016. Data de Publicação: 02.06.2016. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Apelação nº 0211474-05.2005.8.26.0100**. Ação Indenizatória. Direitos Autorais. Receitas culinárias publicadas em fascículos de revista especializada. Participação da autora como ‘culinarista’. Pretensão de compensação pela violação do direito de imagem e de receber o

equivalente a 5% sobre o preço de capa de cada exemplar da obra. Sentença de improcedência. Apela a autora sustentando que a receita é criação do espírito; que mesmo ser for considerada obra coletiva, merece proteção pela participação individual; defende o direito autoral pela tradução de receitas argentinas; afirma que receitas criadas pela autora foram traduzidas e publicadas na Argentina; assevera que não autorizou o uso de sua imagem nas revistas editadas pelas rés; argumenta que apesar da remuneração recebida, nada percebeu pela criação de todas as receitas formuladas. Relator: Des. James Siano. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 01.02.2012. Data de Publicação: 01.02.2012. Disponível em: < <http://www.tjst.jus.br/>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Cultural rights in the case- law of the European Court of Human Rights**. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf> Acesso em: 20 jan. 2016.

UNESCO. **Reunion d'experts sur les droits culturels en tant que les droits de l'homme** – Paris 1968. Disponível em: <www.unesco.org> Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. **Mexico City Declaration on Cultural Policies**. Disponível em: <<http://portal.unesco.org>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. **Creación de un sistema de “bienes culturales vivientes” (tesoros humanos vivientes) en la UNESCO**. 10 ago. 1993. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000958/095831So.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. **Expert Meeting on Community Involvement in Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Towards the Implementation of the 2003 Convention**. 2006. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001459/145919e.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. **Diretivas Operacionais para a implementação da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**. 22-24 ju. 2010. Disponível em: < www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00009-PT-Portugal-PDF.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

VIANNA, Leticia C. R.; SALAMA, Morena; BREGALDA, Damiana; AMORIM, Patricia; PAZ, Maria. **Avaliação Preliminar da Política de Salvaguarda de Bens Registrados (2002-2010)**. abril 2011. Brasília:

DPI/IPHAN, 2011a.

_____. TONINI, Ângela. **Orientações para implementação da política, sistematização de informações, monitoramento da gestão e avaliação de resultados da salvaguarda de bens registrados**. 24. ago. 2011. Brasília: DPI/IPHAN, 2011b.

VILAÇA, Marcos; PORTELLA, Eduardo; FALCÃO, Joaquim; FARKAS, Thomas. Carta da Comissão do Patrimônio Imaterial Brasileiro. 09 set. 1999. In: IPHAN (Org.). **O registro do patrimônio imaterial**: dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. 4. ed. Brasília: MinC/IPHAN/FUNARTE, 2006, p. 71-76.